

POR

D. DOMINGO MAZOLA, COMO HEREDERO DE D. ANA Felipa de Argandoña, su muger que fue, por cabeça de Doña Maria Mazola su hija, y de la dicha su muger, ya difuntas.

EN EL PLEITO,

CON

EL ALMIRANTE DON GASPAR DE ARGANDOÑA, y Doña Maria de Alicante su muger.

SOBRE

LOS DOZE MIL PESOS de la promessa de dote, a que estân obligados in solidum.

1 N El hecho deste pleito nos remitimos a los autos, assi por no duplicar su relacion, dexandola para los lugares deste papel, en que será precisa, como por que todo lo dilatado del processo se reduce a inquirir, si la dicha Doña Maria de Alicante tuuo suficiente poder, y licencia del dicho su marido para hazer la dicha promessa; cuyo conocimiento depende de los poderes, a que se remite, y de las probanças hechas: de que para su inteligencia se tratará en los tres discursos, a que reducimos la justicia desta parte.

2 En el primero se ajustarà la suficiencia de los poderes para hazer la dicha promessa, por la licencia general que en ellos consta tenia la dicha D. Maria de Alicante..

En el segundo se fundará, que assimesmo la tuuo especial del dicho su marido para efectuar el matrimonio, y promessa referida, segun las probanças desta parte.

Y en el tercero se tratará del titulo, y derecho que esta parte tiene á la dicha promessa, por auer entendido que se ha dudado, aunque en todo este juizio no se ha excitado este dubio: y por vltimo se satisfarán algunas excepciones de que se valen las partes contrarias por final refugio.

DISCURSO PRIMERO.

3 COmo quiera que la verdad disputada sobresale mucho mas, ad *text. in cap. graue, 35. quæst. 9.* y que, como dixo el Philosopho: *Opposita iuxta se posita magis eluscescunt*; serà necessario ponderar en la materia deste discurso todos los fundamentos, y excepciones de que las partes contrarias se valieron para excluir el juizio executiuo que se intentó, y de que en este ordinario se valen para probar la insuficiencia de los dichos poderes.

4 El vnico, y principal fundamento, y en que estriuan todos los demás que a este intento se han alegado, consiste en la negatiua de la licencia necessaria para hazer la dicha promessa; mediante lo qual pretenden las partes contrarias tener fundada su intencion en vno, y otro juizio, etiam ex

iu-

iudicis officio, mientras no constáre per text. in *l.55.Taur.* quæ est *l.2.tit.3.lib.5.Recop.* Auilès *in cap.10.prætor.glos.excepcion.num.68.* Gutierrez *de iuram.1.part.cap.1.à num.35.& 37.* Montealegr.*in prax.ciuil.lib.1.cap.5.num.207.& 208.*Rodrig. *de execut.cap.6.num.6.* & D.Salgad.*in labyr.cred.3.part. cap.1. à num.22.& 113.*

5 La prueba desta excepcion resulta, de que siendo la dicha promessa otorgada por el año de 1664.el poder a que se remite en primero lugar, consta que se otorgó por el año de 1655. nueue años antes; tiempo en que la dicha D. Ana Felipa tendria solamente seis años, y en que segun ello, ni verosimilmente se puede juzgar que el dicho Don Gaspar su padre lo otorgasse con tal intencion, ni que la pudiesse tener de casar á la dicha su hija, ni de darle para ello, y hazer la dicha promessa, licencia alguna á su muger, *argum.l.si ex testamento,20.ff.de excep.rei iud.& l.nec ignorans,10.C.de donat.*Mantic.*decis.267. num.3.* & Tondut.*3.part. quæst.benefic. cap.154.à num.1.*

6 Y aunque esta duda la excluye la revalidacion, y ratificacion del dicho poder en el segundo que le otorgó el dicho Don Gaspar a su muger antes de embarcarse el mesmo año de la dicha promessa, a que se remite assimesmo, ex dicendis á num.36.sin embargo se insiste en que fueron ambos insuficientes, por sonar otorgados para cosas muy distintas, como son cobranças, obligaciones de prestamos, y otros negocios, en que ni se contiene este caso, ni se pueden extender a él, por ser cosa graue, y de mucho perjuizio.

7 Túm, por que regularmente in generali mandato non continentur ea, quæ sunt magni præiudicij, neque ad ea extẽdi possunt, *ex l.mandato,60. & l.procurator,63.ff.de procur.cap.qui ad agendum,4. cum seq.de procur.in 6. & l.19.tit.11. part.3.*Menoch.*cons.331.num.90.& cons.400.num.4.* Golin.*de procurat.2.part.cap.5.à num.43.*Barbos.*clausul.17.num.28.*ibi: *Speciale mandatum requiri, vt posit procurator facere, quæ sunt magni præiudicij,*Faria *ad* Couarrub.*lib.1.variar.cap.6.num.29.* & Valeron.*de transact.tit.4.quæst.5.num.27.*

8 Y esto procede, aunque los dichos poderes tengan qualesquiera clausulas, por amplias que sean, vt ex Bartol.*in l.1.C.de bon.mater. in fin.4.quæst.* docet Mozzio *de mand. tit.de diuis.mand.à num.57.*vbi *n.58.fol.mihi,558.*ait: *Quod mandatum*

quan-

quantumcumque generale, liberum, & plenum fuerit nō comprehendit facultatem profundendi, & alienandi temere aliena, quia mandatum fit, vtres conseruentur, non vt dissipentur. D. Valenç. *cons.* 185. *num.* 26. & 27. & Valeron. *d. quæst.* 5. *n.* 14. añade: *Etiamsi in generali contineatur clausula faciendi, ea quæ speciale mandatum requirunt, nisi casus aliquis mandatum speciale requirens expressus sit.*

9 Túm, por que estas, y otras muchas clausulas ampliatiuas, mas se suelen poner por estilo de los Escriuanos (en q̃ proceden tamquam Psytaci, vt ait Rom. *singu.* 52. *num.* 2. & Coller. *de proces. execut.* 1. *part. cap.* 10. *num.* 442.) que por voluntad de las partes: y assi no se atiende a ellas para extēder la facultad de los poderes, ex congestis á Burg. de Paz *cons.* 2. *num.* 71. & *cons.* 28. *num.* 19. & D. Larr. Gran. *decis.* 7. *num.* 24. Y en la clausula de libre, y general administracion probant D. Valēç. *cons.* 3. *num.* 52. D. Vela *d. cap. fin. de procur. in* 6. *part.* 2. *n.* 26. & Valeron. *d. q.* 5. *n.* 28.

10 Tùm etiam, por que respecto deste abuso de los Escriuanos, todas las dichas clausulas se entienden, y restringen a los casos, y negocios expressados en los poderes, sin que por ellas se puedan extender a otros mas graues, *cap. qui generaliter,* 5. *de procur. in* 6 Paz *in prax. annot.* 4. *n.* 19. *tom.* 1. D. Valenç. *d. cons.* 3. *num.* 47. & *cons.* 78. *num.* 49. ibi: *Quia licèt fuisset illi mandatum pro suis negotijs non poterat extendi ad faciēdam rem, ex qua magnum poterat sibi præiuditium causari, quia mandatum est res in extensibilis.* Nig. Cyriac. *libr.* 2. *controu.* 278. *à num.* 54. D. Larr. *decis.* 19. *à n.* 10. & Faria *d. lib.* 1. *cap.* 6. *n.* 32.

11 Segun lo qual, parece que la dicha Doña Maria no pudo en virtud de dichos poderes hazer la dicha promessa; por que en ellos no se comprehende tal caso, ni por ellos pudo obligar a su paga al dicho su marido, por ser necessario poder especial para qualquiera obligacion personal, *ex l. sed si tantum,* 13. *ff. de pact. l. lucius,* 47. §. *fin. ff. de administr. tut. l. mandato,* 60. *cum seqq. ff. de procur. l.* 4. *C. de nouat.* & *l. transactionis,* 7. *C. de transact.* Bald. *in l. mandatum, col.* 11. *C. mandat.* Mozz. *d. tit. de diuision. mand. num.* 37. *pagin. mihi,* 556. cum traditis per Montealegr. *d. cap.* 5. *num.* 131. & Nig. Cyriac. *lib.* 2. *controuers.* 278. *ex num.* 3.

12 Ni obligarse en ella à si mesma sin su licencia, *ex cap. fin.* 33. *quæst.* 5. vti alligata legi viri, *ex cap. sicut alterius,* 7.

quæst.

*quæst.*1.Y en propios terminos se pueden alegar de contrario a Gom.*in l.*50. *Taur.num.*24. *vers.Secunda ratio*, Baez.*de non melior.filiab.cap.*11. *à num.*22.48.*&* 55. Gutierr.*de iuram.* *d.*1.*part.cap.*1.*num.*41. Matienz.*in l.*2.*tit.*3.*libr.*5.*Recop.glos.*1. *num.*10.vbi Azeued.*à num.*72. Spin.*in specul.glos.*5. *rub.nu.*7. Pet.Barbos.1.*part.l.*1.*ex num.*27.*&* *part.*4.*num.*93.*&* 95.*ff.solut.matrim.*Montealeg.*d.cap.*5.*num.*157.Morquec.*de diu.bon. lib.*2.*cap.*17.*ex num.*3.& Carpio *de execut.lib.*1.*cap.*7.*n.*54.

13 Con que por todos caminos parece, que la dicha promessa, y contrato della fue nulo, y de ningun valor, ni efecto, como es regular en todos los contratos, y obligaciones, en que no precediere la licencia necessaria, ex Dueñas *reg.*151.Diaz *reg.*455.Gutierr.*lib.*2.*pract. quæst.*22.*à num.*13. *&* *lib.*2.*Canon.cap.*25.*num.*10.*vers.Ex quibus*, Felician.*de censib.lib.*2.*cap.*2.*num.*23.P.Sanch.*de matrim.lib.*6.*disp.*4.*num.*20. *&* *disp.*5. *num.*2.*&* *libr.*1.*cons.mor. cap.*6.*dub.*3. *&* 4.*&* *dub.*5. *num.*16.Montealeg.*d.cap.*5.*num.*206.Escobar *de vtroquè for. art.*2.§.3.*ex num.*105. & Hermosill. *in l,*1.*tit.*4.*part.*5.*glos.*5. *num.*23.

14 Todo lo que se ha alegado hasta aqui (que juzgamos ser quanto se puede ponderar de contrario) nos causára mucha duda, si se ajustára á las disposiciones de nuestras leyes Reales, segun los terminos del caso presente; empero juzgamos ser todo ello muy distinto del punto que se controuierte: por que no se duda que la muger casada, sin licencia de su marido no puede hazer contrato alguno, en que lo obligue, y que qualquiera obligacion será nula; y solo se disputa, si la licencia general será suficiente, y si esta la tenia la dicha Doña Maria de Alicante, y si pudo extenderse en su virtud a hazer la dicha promessa; y tenemos por constante que si, no obstante los argumentos que se han hecho de mandato generali ad prædictam licentiam.

15 Túm, por que en quanto a que tuuiesse la dicha licencia general, y aun mas amplia, si se atiẽde á la forma, por la qual, segun las leyes destos Reynos, se puede conceder; es euidente de los poderes presentados, a que se remite la dicha promessa; por que en ellos, no solo se incluyó la facultad limitada para las cosas, y negocios que se dixo en el numer.6. sino tambien para todos, y qualesquiera contratos, y obligaciones que á ambos, y a cada vno tocasse, en que ne-

cessitasse de poder, y facultad especial, con ratificacion de todos ellos, como se vè de las siguientes clausulas.

16 *Que segun, y de la manera que la susodicha hiziere, y otorgàre dichos contratos, è instrumentos, y cada vno dellos, desde luego los aprueb o ratifico, doy por bueno, y bien hecho, como si por mi lo fuessen, para estar, y passar por ello, &c. que el poder que necessitàre, y huuiere menester para lo que assi dexo dicho.* ☞ *Y lo demàs que se le ofreciere hazer en lo que à ambos, y à cada vno tocàre, aunque aqui no se declare con distincion, y expressas palabras, es mi voluntad darselo tan amplio, cumplido, y bastante, sin limitacion alguna, como lo huuiera menester*, &c.

17 Y que esta sea licencia general para todos los casos en que necessitasse de licencia la dicha Doña Maria, no se puede negar à vista de aquella clausula: *Y lo demàs que se le ofreciere hazer*, &c. *aunque aqui no se declare*, &c. *es mi voluntad darselo*, &c. *como lo huuiere menester*, &c. a que corresponde la del segundo poder, ibi: *Y otras cosas*; por que conforme à la ley Real, no es otra cosa, que vna facultad para todo aquello que no podia hazer sin licencia de su marido, vt patet ex *l.* 56.*Taur.* quæ est *l.*3.*tit.*3 *lib.*5.*Recop.* que ambas dizen: *Mandamos, que el marido pueda dar licencia general a su muger para contraer, y para hazer todo aquello q̃ no podia hazer sin su licencia; y si el marido se la diere, vala todo lo que la muger hiziere por virtud de la dicha licencia.*

18 Ni para ello es necessario que en los dichos poderes se vsasse de la palabra *licencia*, ni de las formales de dichas leyes, por ser suficientes qualesquiera otras que sonassen lo mesmo, y que fuessen equipolentes, en que se incluyesse la dicha facultad, argumento *l.ait prætor.*5. §.1.*&* *l.in sententijs*, 59.*ff.de re iud.l.litigatores*, 11.§.2.*&* *l.quod tamen*, 21. §.1.*ff.de recep.arbit.&* *l.*3.*C.quæ sent.sine cert.quant.* ex quibus probatur, quod per verba æquipolentia his: *Condemno, vel absolvo*; quæ ad sententiæ prolationem exiguntur ad *leg.*3.*C.de sent.& interloq.* sententia tenet; & est textus optimus ad rem in *l.honores*, 7. §.*fin.ff.de decurion.* ibi: *Vel quo alio modo contestatus sit.*

19 Et in casu probant, & tenent Suar. *in l.*13. *tit.*3. *de las deudas, num.*30. *in fin. fol. mihi*, 306. Azeued. *in l.*2.*tit.*3.*libr.*5. *Recop.* à *num.*8. ibi: *Vel verbis sonantibus licentiam.* Et ibi: *Sufficereque verba æquipolentia.* Et Montealegr. *d.lib.*1.*cap.*5.*n.*234.

Y

Y concluye dando la razon,ibi:*Ratio est,quia per dictam legem Regiam consensus mariti non requiritur pro solemnitate,sed ad euitandum mariti præiuditium, & sic sufficit quomodo cumque consentiat.*

20 Fuera de que, en el ingresso de los dichos poderes se expressa,ibi:*Mi poder,y licencia en forma*, con que se sale de qualquiera duda; si bien, que no la puede auer,por lo alegado,y por que licencia enCastellano,apud nos,es vn otorgamiento, y consentimiento, por el qual se habilita la muger casada ad quoscumque actus in quibus mariti assensus exigitur,per textum in *l.3.ff.de iurisd.omn.iud.l.3.ff.de auctor. tut.& l.32.tit.4.part.*1. vbi notatur a Gregor.Lop. Matienz. *in l.5.tit.3.libr.5.Recopil. glos.2.num.*1.& Montealegr.*d.cap.5. num.70.ad fin.*

21 Y este mesmo efecto surte la dicha licencia general,ex dictis Regijs legibus.Ni a esto se podrà dezir juridicamente,que segun lo dispuesto en ellas, para que asi fuesse era necessario que se huuiesse concedido generalmente para qualquiera contrato,y para todo aquello en que se necesitasse de licencia, sin que se expressasse caso, ó negocio alguno,de que se pudiesse entender,y a que se restringiesse, segun lo alegado suprà, num.10. maximè cum sit materia stricta exiam citatis ex n.5.

22 Por que se responde: Lo vno, que la facultad para las cosas, y negocios expressados en los dichos poderes, se feneciò en aquella clausula: *Que el poder que necessitàre, y huuiere menester para lo que assi dexo dicho.* Y en la siguiente: *Y lo demàs que se le ofreciere hazer*,&c. se la concedió plena,y perfecta para todos los demàs cõtratos, y obligaciones en que la huuiesse menester, en que consiste la dicha licencia general,como se ha fundado en el num.17. Lo otro, por que la dicha clausula constituye oracion separada, y perfecta, que no tiene dependencia de las demás,ni se puede limitar, por la relacion de casos de las antecedentes,ni entender dellos, sino de otros qualesquiera, aliàs quedára superflua, si acabada la anterior, ibi: *Que assi dexo dicho*, no se incluyessen en la otra todos los demás casos en que fuesse necessaria la dicha licencia, contra textum *in cap.si Papa*,10.*de priuileg. in 6.*

23 Esta resolucion se prueba de la mesma clausula general-

ne-

neral: *Y lo demàs*,&c.la qual surte el mesmo efecto que se ha referido, y extiende la facultad a los demás casos en que se necessitasse de la especial,como si no se huviessen expressado los demás per capitalem textum *in cap.qui ad agendum*,4. *de procurat.in* 6.ibi : *Sed si aliquis, vel aliqui de articulis speciale mandatum exigentibus specificati fuissent adiecta clausula generali, tunc ad non expressos,etiam admittetur*. Alexand.*cons*.135.*num*.4 *lib*.2.August.Beroy.*cons*.25.*num*.6.& 15. *volum*.3 Tusch.*litt*. *M.conclus*.51.*à num*.1.Cardos.*in praxi ind,& advoc. verb.Procuratores*, *num*.21. Clem.Merlin. *decis*.577. *ex num*.6.*part*.2. Dom.Valenç.*cons*.136. *num*.16.*tom*.2. & Faria *d.libr*.1.*cap*.6. *num*.21.

24 Mucho mas quando la extencion de que se trata no es ad grauiora expressis,sino a vn dèuito tan natural,piadoso,legal,y necessario,como se fundará abaxo,y para vna cosa tan del oficio paterno, y tan conforme al vso, y costumbre general de todos los padres que ponen en estado a sus hijas, en cuyos terminos las clausulas generales de los poderes se extienden,& in mandantis præiuditium intelliguntur,ita ex *cap.cum dilectus*,8. *de consuet*.aìt D.Valenç.*cons*.136. *num*.9.ibi: *Et super eo facere quascumque scripturas obligationum, quæ fuissent necessariæ, & cum alijs annexis, & dependentibus in amplissima forma,ex quibus clausulis, & earum vi euidenter colligitur, dictum procuratorem potuisse stipulari dictam obligationem iuxta consuetudinem,& obseruantiam,quæ in similibus casibus erat, tum quia verba dicti mandati debent intelligi latè in præiuditium mandantis*;vsque ad n.18.

25 Tùm,por que como quiera que se considere,procede todo ello sin dificultad en el poder, y licencia general que el marido concede a su muger,quidquid sit in generali mandato alteri concesso;por que sin embargo que este,y sus clausulas se ayan de restringir saltim,vt non comprehendãt grauiora expressis,seu odiosa,vt melius per ipsum textum in *clement*.2.*de procurat*.docet*Glos.ibidem,verb.Grauiora*.Lo contrario procede en la dicha licencia,segun su naturaleza,y lo dispuesto por la ley del Reyno, que la extiende a que valga todo lo que en su virtud hiziere la muger casada, ita ex *d.l*. 3.*tit*.3.*lib*.5.*Recop*. ibi: *Vala todo lo que la muger hiziere por virtud de la dicha licencia.*

26 Pruebase este intento, y sentir, ponderada la clau-

su-

sula, *vala todo*, en que se comprehende, è incluye qualquiera caso, contrato, y obligacion, sin que se excluya alguno; por que qui omne dicit nihil excludit, *ex l.hoc, artic.29.ff.de hæred.inst.l.fin. ff.de pen.legat.c.quia circa,22. de priu.cap.dilectissimis,12.quæst.1. cap.plerique,14. quæst.3. & cap. si Romanorum, cum glos.verb.Dicendo,19.dist.* Burg.de Paz *cons.25.num.28.*& Scob.*de ratiocin.cap.7.n.47.& cap.18.ex n.3.*

27 Y en estatutos semejantes à la disposicion de nuestra ley Real, que aquellas palabras vniuersales se extiendan a todos, y qualesquiera casos, y obligaciones, aunque sean especiales, y priuilegiados, sin limitacion alguna lo tienen, *ex l.1.§.quod autem, ff.de aleator. & l.1.§.generale autem, ff.de legat.præst.vbi glos.verb.In infinitum,* Ansald.*cons.94.à num.15.* vbi ait: *Quia illa in statuto verba generalia: in aliquo contractu, scilicet, vel instrumento omnes contractus, & instrumenta includunt, atq; comprehendunt;* maximè cum sint verba legis, Ioan. Bapt. melior penes Marin.*lib.2.resol.alleg.45.n.22.*

28 Túm, por que la licencia que piden nuestras leyes Reales, mira principalmente à la habilitacion de la muger, propter mariti præiudicium, y á la reuerencia que le deue tener, para no hazer cosa sin su consentimiento, *ex cap.quod Deo,33.quæst.5.*ibi: *Nihil de tua veste, nihil de tuo auro, vel argento, vel quacumque pecunia aut rebus alijs terrenis tuis sine arbitrio eius facere debuisti. Cap.fin.* ibi: *Sine eius licentia ead.caus.& quæst.* por que la muger debet in omnibus viro tamquam capiti subesse, vt ait textus *in cap.manifestum,*& ideo caput eius vellatur, atque Dei imago non dicitur, ex *cap.hæc imago, cum seq.& cap.mulier,d.33.quæst.5.* qui ait: *Mulier caput velare debet, quia non est imago Dei, sed vt viro ostendatur subiecta, cap. fœminæ,30.q.5.l.34.tit.9.p.1.& l.27.tit.3.lib.6.Recop.* ex Montealegr.*d.cap.5.n.70.*

29 Y en ambos respectos no es dudable que la dicha licencia general tiene el mesmo efecto, y virtud que la especial; por que de la mesma forma que por esta queda habilitada la muger para el caso, ó negocio para que se le concedió, lo queda por aquella para todo aquello en que la necessitare, que es la naturaleza, y eficacia de la dicha licẽcia, y por ella cumple con la reuerencia marital, y cessa la razõ del perjuizio del marido, mediante su consentimiento, que basta que sea general para todo lo referido, ex *d.l.3.tit.3.lib.5*

Recop. Montealegr. *d.cap.5.num.73.* ibi: *Hinc est, quod sufficit generalis licentia mariti ante contractum.* Et num.234. ibi: *Et sufficit quomodo cumque consentiat.*

30 Y en propios terminos, que ambas licencias tengan vna misma eficacia, y que la general equiualga á la especial, y se extienda á todos los casos que se necessita desta, aunque sean de præiudicialibus marito; se prueba, de que siendo la prohibicion de dicha ley a su fauor, se deue imputar assi el perjuizio que se le siguiere de auer concedido la dicha licencia, pues es derecho que lo pudo renunciar, *ex l. si quis in conscribendo, 51. C. de Episc. & Cler. & l. si quis in conscribendo, 29. C. de pact.*

31 Ita præter Gom. Arias *in l. 52. Taur. ex num. 42. cum sequentib.* & alios probabit Matienz. *in d.l.3. tit.3. libr.5. Recopil. glos.1. num.1.* ibi: *Nota licentiam generalem sufficere vxori ad contrahendum, & alia faciendum, quæ sine viri licentia facere nequit iuxta leges Regni nostri. Ratio est, quia prohibitio hæc facta est in fauorem mariti, ne vxor ei præiudicet; sed si præstiterit licentiam generalem de se tantum conquæratur si præiudicium sibi fuerit illatum, iuri enim pro se introducto potuit renuntiare,* &c. Et num.2. ibi: *Quinimò etiamsi consensus præstari debet sufficit consensus generalis, licèt ad specificationem in indiuiduorum non de veniatur.*

32 La misma resolucion, y por los propios motiuos de la reuerencia marital, y del perjuizio, fundó Mench. *libr.1. quæst. vsufreq. cap.11. num.4. & in tract. de succes. creat. lib.3. §. 30. num.31.* dixit: *Illud autem notandum est, quod si maritus dederit mandatum, seu licentiam generalem vxori, vt faciat ea omnia sine licentia sua speciali, quæ fieri non possunt citra eius licentiam, talis licentia generalis valet non secus, quam si esset specialis,* &c.

33 Y con singularidad explicando la diferencia que ay del poder general á la dicha licēcia, segun sus efectos, y naturalezas, lo probó Azeued. *in d.l.3. tit.3. libr.5. Recop. num.1.* ita: *Hanc tamen licentiam generalem, de qua in textu nostro ego intelligo plus operari, quam mandatum generale: nam mandatum strictè debet intelligi l. generaliter, ff. mand. licentia vero hæc non strictè, quia per eam reducitur mulier ad pristinam libertatem, & sic ad dispositionem iuris communis; & ideo nimirum si licentia generalis operetur, vt omnes casus, quos mulier cum speciali licentia mariti facere poterat, possit, & virtute dictæ licentiæ generalis.*

34 Tenet etiam Montealegr. *d.cap 5. num.252.* donde auien-

auiendo referido desde el num.76.hasta el 221.cincuenta y siete casos,en q̃ es necessaria la licencia del marido, y puesto entre ellos por dezimatercia extension el prometer dote á la hija,num.157.despues entre las limitaciones que refiere desde el num.222. que son treinta, pone por dezimaquarta de todos los casos que amplió, la presente, quando la muger tenia la dicha licencia general,dict.num.252.y concluye con la mesma razon que diximos auia para ello,ibi:*Ratio est,quia hæc prohibitio facta est in fauorem mariti, ne vxor ei præiudicet,& iuri prose introducto potest maritus renuntiare.*

35 De que se infiere, que siendo vno de los casos en que se requiere licencia del marido, el de la dicha promessa,y su obligacion,equiualiendo la general á la especial,con qualquiera dellas es preciso quedasse firme,y válida, aũque aliás fuesse necessario poder especial,pues regularmente no vale el argumento de mandato ad licentiam, ni las doctrinas que se ponderan en aquel pueden hazer fuerça en esta, nam hæc disimilia sunt,como dixo el Consulto *in l.inter stipulantem* 38.§.*sacram,ff.de verbor.oblig.l.fin.in fin.ff.de calumn.& l.Papin.exuli*,20.*ff.de minor.* Castill.*in l.*56. *Taur. num.*3.*ad fin.* ibi:*Quæ omnes loquuntur in mandato,non tamen in licentia,quæ multum distat à mandato.*

36 Túm etiam, por que en la dicha licencia se incluye todo lo que es conforme à la costumbre de la Prouincia, ó lugar donde se otorga,ó persona que la concede, argumento *l.*3.§.*fin ff.de supel.legat.l.hæredes*,21.§.1.*ff.qui testam.facer.possef.& l si servus*,50.§.*fin.ff.de legat.*1.ibi:*Ipsius patris familias consuetudo, deinde regionis, in qua versatus est, exquirenda est.* Castill.*in d.l.*56.*Taur.num.*3.*vers.Veniunt*; & ibidem Palac. Rub.*num.*4. Matienz.*in d.l.*3.*tit.*3.*libr.*5. *Recop.glos.*2. *num.*1. Montealegr.*d.cap.*5.*num.*254. & Scobar *de vtroquè for.art.*2. §.3.*num.*125.ibi: *Limita sextò, si mulier permissionem ad contrahendum habeat à marito, quia tunc facere potest ea omnia,quæ ipse maritus ordinarie facere consueuerat.*

37 Lo qual procede asimesmo en la administracion general concessa à lege, vt in casu etiam dotationis probat *l.cum plures*,12. §.*fin. ff.de administr.tut.* y en qualquiera poder general, *ex l.vel vniuersitatum*,12. *ff.de pignor.action.* aunque sea en caso de graue perjuizio al mandante, *ex l.qui semisses*,13. §.1.*ff.de vsur.* ibi: *Idquè ex consuetudine mandantis*

fuis-

fuisset, vbi Gothofred. *in flor.* ait: *Generale mandatum habens potest ea facere, quæ dominus solitus est facere, etiamsi magni sint eà præiudicij Rom. sing.* 10. Mozz. *d. tit. de natur. mand. num.* 18. *fol. mihi*, 591. Golin. *de procur.* 2. *part. cap.* 4. *num.* 17. D. Valençuel. *cons.* 136. *à n.* 9. & 10. Noguer. *alleg.* 2. *ex n.* 67. & Valeron. *d. tit.* 4. *q.* 5. *n.* 48.

38 Y siendo el poner en estado á las hijas, y el dotarlas, no solo general costumbre destos Reynos, sino tambien de los padres; y oficio propio dellos, obligacion precisa, y dèuito necessario, a que pueden ser compelidos, *ex l. qui liberos*, 19. *ff. de rit. nupt.* ibi: *Coguntur in matrimonium collocare, & dotare*, *l. si socius*, 18. *ff. pro socio*, *l. dotem*, 6. *ff. de collat. bon.* & *l. fin. C. de dot. prom.* ibi: *Omninò paternum esse officium*, & *l* 8. *tit.* 11. *part.* 4. de qua generali consuetudine testatur Greg. XV. *decis.* 62. *n.* 4. & de paterno officio, & cæteris latè Ansald. *cons.* 64. *ex num.* 59. Nig. Cyriac. *lib.* 3. *controuers.* 495. *à num.* 25. Aneus Robert. *rer. iud. cap.* 3. *ad fin.* Borrell. *in summ. decis.* 3. *part. tit.* 4. *num.* 27. Clem. Merlin. *decis.* 249. *à num.* 4. Valasc. *de priuileg. pauper.* 1. *part quæst.* 15. *ex num.* 1. *cum seqq.* August. Barbos. *in d. l. fin. C. de dot. prom. num.* 7. & Iranz. *de protest. cap.* 42. *ex n.* 1.

39 No puede auer fundamẽto que juridico sea, a nuestro sentir, para que siendo suficiente la dicha licencia general para todos los casos en que se requiere la especial, se pueda dezir que no lo es para el mas prudente, mas acostumbrado, mas natural, y mas propio de la dignidad, y calidad de los contrayentes, argument. *l. si servus*, 50. § *fin. ff. de leg.* 1. ibi: *Et legatarij dignitas, vel charitas, & necessitudo*, & *l. cum de lanionis*, 18. § *item, ff. de instr. leg.* ibi: *Deinde in qua præsumptione sunt, qui inquaque regione commorantur*, *cum l. quæro*, 60. & *l. cum post*, 69. § *nuptijs*, *ff. de iur. dot. l.* 5. *tit.* 7. *part.* 6. Castill. *in d. l.* 56. *Taur. n.* 3. *in princip.* Matienz. *in d. l.* 3. *glos.* 2. *n.* 5. & Scob. *de ratioc. cap.* 23. *n.* 57.

40 Y se confirma mucho mas, respecto de ser obligaciõ precisa, y dèuito legal, a que puede ser compelido el padre, y lo podia ser el dicho Don Gaspar, ex allegatis suprá, num. 38. Castill. *in l.* 53. *Taur. à num.* 2. Rebell. *de oblig. iust.* 2. *p. lib.* 5. *quæst.* 4. Baez. *de non melior filia. cap.* 2. *à num.* 25. P. Sanch. *de matrim. lib.* 4. *disp.* 26. *à num.* 4. & Ciarlin. *lib.* 2. *controu.* 189. *à num.* 11. & 21. Por lo qual tambien se comprehende in generali mandato, vt notauit Valeron. *d. quæst.* 5. *num.* 46. ibi:

Tùm

Tum etiam, quia in mandato generali omne id venit, ad quod mandans iure, vel consuetudine compelli posset; l.benè azenone, C.de quadrien præscript.

41 Tandem hæc omnia á cessante oppositorum ratione comprobantur. *Primò*, por que, como se ha fundado, no vale el argumento regularmente de mandato alteri concesso ad licentiam generalem vxori concessam; y con esta generalidad se satisfacen todas las doctrinas que se ponderan de contrario. *Secundò*, y en especial, por que el dezir que las clausulas generales de los poderes no se extienden a los casos en que se requiere poder especial, vltrà de que no milita en dicha licencia, ex allegatis num.25. cum sequentibus, se limita quando el poder tiene la clausula general: *Y lo demàs*, &c. ex relatis num.23. *Et tertiò*, por que el que no se puedan comprehender los casos, y negocios que son de graue perjuizio, no procede in consuetis mandantis, neque in his, ad quæ iure compelli poterat, ex congestis num.37. & in licentia, num.36.

42 Fuera de que, quando con la clausula de libre, y general administracion concurren las demás, que constan de los presentados, se extiendē a los casos no expressados propter clausularum prægnantiam, y se consilian los textos citados suprà, n.7. & 11. cum *l.rescriptum*, 10. §. *fin.& legib. huic sequentib. ff. de pact. l.procurator*, 58. *ff. de procur. l.ius iurandum*, 17. §. *fin.& l.huic*, 21. *ff. de iur.iur. l.cui rectè*, 10. *ff. de nouat. & l.qua ratione*. 9. §. *nihil autem, ff. de adquir.rer.dom.* ibi: *Qua ratione, si cui libera administratio negotiorum, ab eo qui peregre proficiscitur permissa fuerit, & is ex negocijs rem vendiderit, & tradiderit facit eam accipientis; l.19. tit.5. part.3.* Grat. *tom.4. discepo. cap.738. à n.23. ad* 26. & Clem. Merlin. *decis.577. ex n.6. p.2.*

43 Y con especialidad en la abundancia de todas las clausulas con que se hallan los dichos poderes, lo funda el mesmo Merlin. *decis.17. num.19. part.1.* ibi: *Neque obstat, quod dicitur in decisione, huiusmodi clausulas non trahi vltrà expressa in transactione, quia dicta conclusio non sibi locum vendicat vbi adest prægnantia clausularum: & præsertim illa: & si aliàs forent, quæ mandatum exigerent magis speciale, & clausula illa: Rato,* &c. *& clausula quod possit ea omnia facere,* &c. *videtur idem importare, quo ad contractum transactionis, quod efficeret mandatum generale ad omnes actus nullo specialiter demandato negotio, nec aliqua præscripta lege.*

44 Menos obsta el abuso,y estilo de los Escriuanos, de que se opone para excluir la eficacia de las dichas clausulas,y la de la libre,y general administracion; por que se responde,que esto no tiene lugar en la licencia general de que se trata,la qual sin ser necessarias las dichas clausulas,se extiende por disposicion de la ley *ad omnes casus,qui sine speciali licentia fieri non possunt*,como se ha probado ex num.17.& 19. cum sequentibus. Vltrà de que,por el mesmo caso que son clausulas acostumbradas, se deuen presumir puestas de voluntad del dicho Don Gaspar, mucho mas en este caso, en que el susodicho reualidó el primero poder en el segundo; y assi se ha de estar á la fé del Escriuano, de que fue rogado para todo ello, *l.fin.C.de fideiussor. cum glos.verb. Simpliciter.* Tondut.*de præb.3.p.cap.4.num.*12.& Noguer.*alleg.2.num.67. in fine.*

45 De aqui es, que tampoco tiene fundamento que el dicho primero poder se otorgasse tantos años antes de la promessa en la forma que se pondera en el num.5. por que esta consideracion la excluye la dicha reualidacion, y ratificacion hecha in secundo mandato,que importa lo mesmo que si entonces se otorgasse el dicho primero poder, *ex l.4. §.fin.ff.de offic. procons.* y que si todas sus clausulas se expressassen, é incluyessen en el segundo poder; quia ratificatio mandato comparatur,vt ait textus *in l.veró,12.§.fin.ff.de solut.*ex Tondut.1.*part.quæst.ciuil.cap.19.num.9.*& in re Clem. Merlin.*decis.*144.*á num.7.part.*1.& in omni dispositione Niger Cyriac.*lib.3.contr.452.à n.40.& 44.*

46 Fuera de que, la anticipacion del dicho primero poder no podia perjudicar la firmeza del contrato que en su virtud se hizo, aunque faltasse la dicha reualidacion, hallandose habilitada la dicha Doña Maria con la licencia general que en él se incluye; por que no se requiere que esta se cõceda en el mesmo acto, y miẽtras no se huuiesse reuocado,se pudo vsar della, imó & post reuocationẽ, si no cõstasse desta,*ex d.l.verò,12.§.2.l.quod si forte,14. §.1.ad fin.l.si quis verò,18.l.qui hominem,34.§.si titium, & l.cum qui,38.ff.de solut.*ibi:*Si in eodem statu maneat in quo fuit,cum stipulatio interponeretur.* Montealegr.*d.cap.5.num.*244. ibi: *Quia quoties consensus requiritur illius de cuius præiudicio agitur semper ante actũ, & in actu;& post actum præstari potest,*&c.D.Castill.*quotid.tom.4.cap.39.n.39.*

Fi-

47 Finalmente, no obſtan las doctrinas que ſe alegan por eſpeciales en los terminos del caſo preſente, ſuprá num. 12. por que es incierto ſe ajuſten a él; y ninguno de los Autores alli citados dize, que ſe requiera licencia eſpecial del marido para la dicha promeſſa de dote, ni que la general no ſea ſuficiente. Y podemos afirmar con todo deſengaño, que no ſe moſtrará Autor que tal diga; y lo que todos afirman, es ſolo, que la muger caſada no puede ſin licencia de ſu marido hazer promeſſa de dote a ninguna de ſus hijas, de quo non quæritur.

48 Ni a eſto ſe puede replicar, diziendo que fuera inutil la queſtion de dichos Autores, ſi no ſe entendieſſen de licencia eſpecial, pues lo demás no podia caer debaxo de duda legitima, por la diſpoſicion de la *ley 55. de Toro*. Por que ſe reſponde, que el motiuo que tuuieron para la dicha duda fue juſto; cõuiene a ſaber, que el dotar á las hijas era materia fauorable, y piadoſa, ad textum *in l. cum is*, 32. §. *ſi mulier, ff. de condit. in deb. l. ſi dotare*, 12. *& l. fin. C. ad velley. & l. liber captus*, 17. *C. de poſt limit. reuerſ.* en que parecia por ello no ſer neceſſaria en eſte caſo la dicha licencia, ex traditis in ſimili caſu á Bozi. *de dote, cap*. 8. *num*. 77. & Poſth. *reſol*. 46. *à num*. 76. & apud nos Spino *in ſpecul. gloſ*. 11. *à num*. 22. & Lara *in l. ſi quis à liberis*, §. *ſi quis ex his, ex n*. 256. & Velaſc. *de priu. miſerab. perſ*. 2. *p. aliàs* 3. *p. q*. 16. *à n*. 48.

49 A que ſe llega el ſer deuito neceſſario, y preciſa obligacion del padre, en que milita todo lo alegado a num. 37. ad 40. y negocio que reſulta en ſu vtilidad, y conueniencia, en que aſsimeſmo, ſegun otros, parece no ſer neceſſaria la dicha ſolemnidad, arguměto *l. 2. ff. de reb. cor. l. alienationis*, 13. *ff. famil. erſc. l. qui potuerunt*, 27. *ff. de manu. teſta. & l. tutor qui*, 7. *ff. de adminiſt. tutor*. Caſtill. *in l*. 18. *Taur. num*. 5. *verſ. Nec obſtat*; maximé ex Baez. *de non melior. filiab. cap*. 12. *num*. 18. cum congeſtis à Montealeg. *d. cap*. 5. *n*. 228. *& à n*. 224. & Nig. Cyriac. *l. b*. 1. *controu* 41.

50 Por cuyas cauſas puſieron en queſtion, ſi en eſte caſo era neceſſaria, ó no la licencia del marido; empero ſi ſe requeria que fueſſe eſpecial, ó ſi baſtaua la general, no lo diſputaron, nec vllum verbum dixere; antes es cierto, que aſſentaron ſimpliciter ſer neceſſaria licencia, por reconocer que eſta quomodocumque eſſet valdria la promeſſa de

do-

dote: por que de la mesma suerte que se habilita la muger por la especial, assimesmo por la general, que es lo suficiente ad obligationis, & contractus valorem, *l.non tantum,7. ff. de tut.& curat.l.siue generalis,61. ff.de iur.dot.& l.mulier,28. C. de iur.dot.cum l.lex quem tutores,22. C.de admin.tut. & l.14.tit. 11.part.4.* iuncta *l.3.tit.3.libr.5.Recop.* ex congestis per Nig. Cyriac.*lib.1.controu.29.à n.40.& 44.* & Marin *lib.2.resol.cap. 237.à num.9.*

51 Ex huc vsque dictis se reconoce con quanto fundamento se intentó la accion executiua en virtud de la escritura de dicha promessa: y verdaderamente, que el no auer obtenido el mandamiento de execucion que se pretendia, pudo resultar de no auernos dado a entender con la claridad que era necessario, sino es que nos engañamos en los fundamentos deste discurso: por que aunque sea assi, que el que niega la licencia destruye la firmeza, y sustancia de la obligacion, esto solo pudiera proceder, si no constasse en forma autentica de licencia especial, ni general; empero constando desta por los dichos poderes, y siendo suficiente, exiam abunde dictis, quedó la duda reducida á si se requeria la especial: y en estos terminos, teniendo contra si la regla las partes contrarias, estauan obligados á mostrar su limitacion con euidencia, *ex l.fin.C.de hæred.inst.l.illud,19.C. de sacrosanct.Eccles.& l.apud antiquos,21. C.de furt.& cap.2.de coniug.lepros.* Pacian.*de prob.lib.1.cap.8.ex n.12.* & multi á Faria ad Couarr.*lib.2.var.cap.12.n.26.*

52 Y consiguientemente, mientras no la mostrassen de forma que constasse, que sin ella auia sido nula la dicha promessa, no se podia dudar de su firmeza, y valor de su obligacion en fuerça de la dicha regla, por la qual se hallaua esta parte con su intencion fundada en ley Real, que habilita á la muger casada ad omnes actus con la dicha licencia general; y negandolo las partes contrarias, y por ello el que fuesse válida la dicha promessa, les era preciso justificar la nulidad que alegauan padecer, ad textum *in l.4. C.si advers.rem. iud.l.3.C.si tut. vel curat.l.1.C.de his qui ven.ætat.& l.2.C.si quis ignor.rem.min.*cum Glos.*verb.Probaueris,* Nig.Cyriac.*libr.1. controu.182.à n.3.12.& 19.& lib.2.contr.308.à n.4.* & Posth. *resol.83.à n.8.& 12.*

53 Y no constando della, era preciso passar á la execucion

cion del instrumento de dicha promessa, pues se hallaua otorgado por persona que estaua habilitada con licencia suficiente, *ex d.l.3.tit.3.lib.5.Recop.* ex Auilès *d.cap.*10.*prætor. glos. exec.num.*68. Rodrig. *d.cap.6.num.*6. Montealegr. *d.cap.*5. *num.*73. & Carleu. *de iudic.tom.*2.*tit.*3.*disp.*19.*num.*14. qui loquitur in licentia simpliciter concessa, seu generali, ibi: *Idque damnum sibi maritum imputare debere, qui potuit licentiam non dare, quoniam licentia se obligandi simpliciter vxori data à marito, eum habebit effectum, vt contractus valeat, vt illi possit accedere fideiussor, vt possit executioni mandari*, &c.

54 Ni pudo dar motiuo de dudar en este punto el que esta parte se ofreciesse à justificar con informacion sumaria la licencia especial, que de contrario se dezia se necessitaua; por que esto no era dudar de la general, de que constaua autenticè por dichos poderes, sino quererla indiuiduar mas, y esforçar mas la execucion del instrumento; y assi se ofrecia à mayor abundamiento, lo qual es permitido, sin q por ello dexe el instrumento de tener su virtud executiua, ex Gratian. *tom.4.cap.*749. *à num.*17. & 20. Pacian. *cons.*64. *à n.*30. & 31. & Ioan. Bapt. Thor. *vot.*4.*n.*27.*p.*1.

55 Y la question que se pudo controvertir (aunque no la he visto tocada) que tambien se excitó con bastante razon de dudar, procede quando en la verdad precedió licencia verbal, si no cōstasse della, ni general, ni especial en forma autentica; vtrúm en este caso se podria justificar por informacion, para fundar la accion executiua, y reducir el instrumēto ad actualem executionem? en que parece se deuia resolver tambien affirmatiuè dicha question, por las razones siguientes:

56 Lo vno, por que todos los Autores que niegan la execucion, y dizen que la obligacion es nula, hablan del contrato, y obligacion otorgado sin licencia alguna; no empero si esta precedió, aunque della no constasse en el mesmo instrumento; por que esta circunstancia no la pide la ley Real, si solo el que se huuiesse celebrado con licencia, vt patet ex ipsa *l.2. tit.3. lib.5. Recop.* por que à la firmeza de la obligacion, solo esto le basta, sin ser necessario lo demás, pues se puede justificar la dicha licencia alio modo, & aliūde, quam per ipsum instrumentum Gutierr. *de iuram. d.*1.*p. cap.*1.*nu.*43. & 44. vt exequatur si verificetur factum fuisse

cum ea, num. 53. & Paz *in prax. 4. p. cap. 3. n. 3. tom. 1.*

57 Lo otro, por que la dicha licencia no se requiere como solemnidad substancial, y essencial del instrumento, ni aun del contrato, y obligacion, sino como calidad habilitatiua, para que la muger casada pueda contratar, y obligarse legitimamente, sin que lo impida el perjuizio que dello se siguiere al marido, la qual calidad es extrinseca, vt probant Anton. Gom. *lib. 2. variar. cap. 1. num. 17.* Azeued. *in d. l. 2. tit. 3. lib. 5. Recop. num.* 18 Ceuall. *lib. 2. comm. quæst. 695. num.* 17. & Felician. *de censib. lib. 2. cap. 2. n. 23. vers. Quinimò.*

58 Lo qual se confirma, de que si fuesse solemnidad essencial, deuiera intervenir en el mesmo acto del contrato, y obligacion, y no se pudiera anteponer, ó posponer, como vemos que se puede por leyes deste Reyno, de que se califica ser calidad extrinseca, ad textum *in l. fin. C. ad Maced. cum l. 5. tit. 3. libr. 5. Recopil.* ex multis á Marin. in obs. ad Reuert. *decis.* 127. *num.* 1. & in casu Montealegr. *d. cap. 5. ex num. 73. &* 244. ibi: *Cum non requiratur talis consensus causa solemnitatis.*

59 De que parece inferirse, que el instrumento no dexaria de ser exequible, por que no constasse en él de la dicha licencia, no siendo, como no es necessaria esta circunstancia, ni cosa essencial a su otorgamiento, y asi, aunque no fuesse exequible in actu, lo seria in habitu, ita vt verificata dicta licētia, reduceretur ad actualem executionem, ex textu optimo in *cap. Pastoralis,* 14. §. *quoniam, de rescript.* vti ex Menoch. ait Parlad. *lib. 2. quot. cap. fin.* §. 12. *lim. 4. n. 28. p. 1.* & Rodrig. *de execut. cap. 1. art. 4. n. 30. ad med.*

60 A exemplo de las obligaciones inciertas en la cantidad, ó en el tiempo, ó en otra calidad extrinseca, que justificada por informacion, se reduce el instrumēto á la actual execucion, pues en tal caso solo se dize tener obligationem vellatam donec detegatur, ex Gaito *de cred. cap. 3. tit. 1. num.* 942. Amato *resol.* 59. *num.* 16. D. Larrea *alleg. 78. à num. 23. p. 2.* & Faria ad Couarrub. *lib. 2. variar. cap. 11. num.* 9. ibi: *Et cum statutum concedens instrumentis paratam executionem requirat, vt debitum sit liquidum. Tusch. litt. S. conclus. 532. num. 55. & dixi suprà, num. 5. prius ea qualitas, secundùm communes iuris regulas verificanda est, quod beneficio legis creditor vtatur.*

61 Lo otro, por que siendo la dicha licencia vna calidad extrinseca habilitatiua, como se ha fundado, y pudiēdo

cons-

constar alio modo, quam per ipsam scripturam, parece que solo suspenderia la execucion del instrumento, ratione presumptionis inductæ eo, quod tunc temporis de ea non constaret: la qual se excluia con la informacion de dicha licencia, pues de que no constasse, no se podia dezir que le faltaua solemnidad alguna essencial, que impidiesse su virtud executiua, pues podia legitimarse con testigos la persona de la muger, probando que su obligacion se celebró legitimamente, ex traditis à Paz *in prax.4.p.cap.2.n.17.tom.*1.& Amato *resol.*81.*n.*2.& 9.

62 Pero aunque es verdad, que sin embargo de lo alegado en este segundo punto, de que no constasse autenticè de licencia especial, ni general, siempre me inclinaria á la resolucion negatiua, respecto de que en estos terminos venia á recaer toda la firmeza de la obligacion en la prueba de testigos, negandose la licencia, aunque fuesse cierto el auer precedido; con que no se podia fundar su execucion, eoquod debitum testibus probatum paratam non habeat executionem, ex Coller.*de proces.execut.*3.*part.cap.*1.*ex n.*12.*ad* 20. Menoch.*de adipisc.remed.*5.*num.*153. Gall.*de obligat.camer.quæst.*27.*num.*4. Parlador.*libr.*2.*quotid.cap.fin.*1.*part.* §.5.*num.*15.D.Salg.*de Reg.protect.*3.*part.cap.*2.*n.*90.D.Vela *dissert.*23.*à n.*26.& Noguer.*alleg.*26.*n.*363.

63 Mayormente, por que aunque la dicha licencia sea calidad extrinseca, siendo obstatiua, sin la qual no puede surtir su efecto la obligacion de la muger casada, bastaria para que se reduxesse el juizio a ordinario, el que se dudasse, y disputasse della, aunque aliás fuesse la materia executiua, argumento *l.*4. *C.de conuen.fisc.debit.* Gaspar Klocki *de contrib.cap.*18.*num.*26.ibi: *Sed an sint debitores, vel non sint dubitatur, & contra istos debet Fiscus agere ordinarie*; & Noguer.*alleg.*33.*num.*46.

64 Y finalmente, por que en terminos casi semejantes, de instrumento priuato facto, vel subscripto à tertio de mãdato alterius, no se podria executar, negandose por el obligado el orden, y mandato, sin embargo de ser este vna calidad extrinseca, que aliunde se puede verificar, aunque se reconociesse por el tal tercero, y se justificasse con testigos, Auendañ.*de exeq.mãd.*2.*part.cap.*30.*num.*4.*vers.Sextò*, & Paz *in prax.*4.*part.cap.*1.*à num.*29.*tom.*1.Gutierr.*lib.*1.*pract.q.*121.

num.

*num.*1.Rodrig.*de execut.cap.*1.*artic.*2.*num.*12.D.Vela *dissert.* 23.*à num.*24.*ad*30.& nouissim.Eman.Alvar.Pegaz.*lib.*1.*resol.forens.cap.*1.*n.*2.

65 Y aunque el tal instrumento se equiparasse al publico, vt si estuuiesse firmado de tres testigos varones, y tuuiesse las demás calidades para ello, contenidas en la *l.scripturas,*11.*C.qui potior.& l.*31. *tit.*13.*part.*5. ex Auendañ.*d.cap.*30.*num.*5.Paz *in prax.d.cap.*1.*num.*30.Rodrig.*d.cap.*1.*artic.*2. *num.*16.& 18.Gutierr.*d.quæst.*121.*nu.*2. D.Vela *d.dissert.*23. *à n.*32.& Faria *d.lib.*2.*var.cap.*11.*n.*33.

66 Lo qual parece quisieron dar a entender, y que sintieron en terminos de la licencia de que tratan nuestras leyes Reales, en quanto a que por ser calidad obstatiua, deuia cõstar en el instrumẽto ad eius executionẽ, Suar.*in l.postrem. iudicatã, in declar.leg.Reg.post eius limitationes, verb.Sed pro euidentia,num.*19.*fol.mihi,*650.Baez.*de non melior.filiab.cap.*36.*numer.*25. quibus fauent Capic.Latr. *decis.*138.*num.*3. *& decis.* 148.*num.*49.*part.*2.maxime cum sit materia odiosa & strictè accipienda ex D.Vela *dissert.*23.*num.*26. & Faria *d.lib.*2.*cap.* 11.*n.*9.*in fin.*

67 Empero en el caso presente, en que constaua de la dicha licencia general en forma autentica, por instrumẽtos publicos, quales son los dichos poderes, aunque se negasse la licencia especial, esto nunca podia impedir la execuciõ, por hallarse hecha la promessa con licencia suficiente por derecho, para habilitar a la dicha Doña Maria, y ser necessario se mostrasse de contrario con toda euidencia, que no era suficiente la dicha licencia general; lo qual, ni era, ni es facil se muestre, siendo assentado en las leyes de nuestro Reyno, que en su virtud se puede celebrar todo genero de contrato, y obligacion, sin que el ser promessa de dote pudiesse dar motiuo a sentir otra cosa, antes bien lo mesmo, y con mayor razon, optimus textus in *l. siue generalis,*61.*ff.de iur.dot.& l.mulier,*28.*C.eod.*iuncta *l.lex quæ tutores,*22.*C.de admin.tut.& l.*3.*tit.*3.*lib.*5.*Recop.* Ansald.*cons.*93.*cum seq.& cons.* 139.*& cons.*142.*per tot.* & Nig.Cyriac.*libr.*1.*controu.*74.*n.*32. & Bozi.*de dot.cap.*8.*n.*76.

DIS-

68 QUando todo lo dicho no fueſſe ſuficiente, y ſe moſtraſſe algun fundamento, ó autoridad (que lo dudamos) de que ſe convencieſſe ſer neceſſaria la licencia eſpecial, y que la general no baſtaſſe para la firmeza de la dicha promeſſa de dote, y valor de ſu obligacion, ſe excluyera, como ſe excluye, eſta replica con la probança hecha en eſte juizio ordinario, la qual por ſi ſola aſſegura en él la juſticia deſta parte.

69 Primò, por que reſpecto de ſer la dicha licencia vna ſolemnidad extrinſeca, de que no conſtaſſe en el meſmo inſtrumento, ó por otro autentico, a que ſe remitieſſe, ó por que ſe concedieſſe antes dél verbalmente, ó por que fueſſe tacita, por la aſsiſtencia, y preſencia del marido a ſu otorgamiento, la qual es tambien ſuficiẽte ad valorem contractus, & obligationis, ex Gom. *in l.* 55. *Taur. num.* 5. Burg. de Paz *cõſ.* 2. *num.* 96. Matienz. *in d. l.* 3. *tit.* 3. *lib.* 5. *Recop. gloſ.* 1. *num.* 7. Felician. *de cenſib. libr.* 2. *cap.* 2. *num.* 23. *verſ. Quinimò, tom.* 1. Montealegr. *d. lib.* 1. *cap.* 5. *ex num.* 253. P. Sanch. *in ſumm. libr.* 6. *cap.* 11. *num.* 11. *& de matrim. lib.* 3. *diſp.* 35. *n.* 20. & Scobar *de vtroquè for. art.* 2. *tit.* 3. *n.* 120.

70 En tal caſo, como de no conſtar de la dicha licencia, ſolo reſultaua vna preſumpcion excluſiua intentionis agentis, preciſamẽte quedaua, como lo eſtà, elidida per probationem dictæ licentiæ verbalis, vel etiam mariti aſsiſtentiæ ad actum; ex *l. generaliter,* 24. § *ſed & ſi ita ſcripſerit, ff. de fideicom. libert.* ex Montealegr. *d. cap.* 5. *num.* 238. & D. Salgad. *in labyr.* 3. *part. cap.* 1. *à num.* 22. *vbi num.* 24. rationem hanc aſſignat, ibi: *Quod actori, qui in actione deducit exeptionem incumbit onus probandi excluſionem exeptionis, quia ſuo ſe legione percutit.*

71 Vndè eſt, que auiendo probado eſta parte pleniſsimamente, como ſe verà, el auerſe ajuſtado el matrimonio con el dicho Don Gaſpar antes que ſe embarcaſſe, y la dicha promeſſa; y el que para ello, y que ſe efectuaſſe, le dexó orden, y poder á la dicha ſu muger, ſummus extra omne dubium. *Primò*, por que qualquiera poder, y facultad ad contrahendum, ſe puede probar con teſtigos, por no pedirſe de derecho eſcritura para ello, *ex l. cũ te,* 5. *C. de tranſact. & l.* 1. *C.*

*si maior fact.cum l.*13 *tit.*5.*part.*3. Cancer.*lib.*2.*variar.cap.*14. *à num.*191.*in nouissim.impres.* Gutierr.*de matrim. cap.*43.*n.*16. Nag.*alleg.*20.*num.*31. D.Vela *in cap.fin. de procur.in* 6. *part.*4. *ex n.*40. *&* 41. *& dissert.*38. *à n.*49.*tom.*2.& D.Olea *de ces.iur. tit.*1.*quæst.*5.*num.*4.

72 *Secundò*, por que nuestra ley Real solo dispone, que el contrato que hiziere la muger sea con licencia del marido; empero que esta aya de constar in scriptis, tal no dize, y assi valdrá el contrato quomodocumque de ea constet, *l.*4.*ff.de pignor.l.*1.*cum seqq.ff de fid.instrum. l.transactionis*,9.*cum seq. & l.in exercẽdis*,15.*C.eod.l.pactum*,17.*C.de pact.l.*1.*C.de vsur. l.si vicinus*,9.*& l.neque*,13.*C.de nupt.l.in extraneos*,29. *C.de donation.* Glos.originalis *in cap.*1.*de censib. verb.In scriptis*, *in* 6. Georg. Accac.*de priu.mil.lib.*1.*cap.*9.*num.*48.Gom.*lib.*2.*var. cap.*2.*num.*17. Cancer.*lib.*1.*variar.cap.*13.*num.*10.Menchac. *quæst.vsufreq.libr.*2.*cap.*16.*num.*7. P.Sanch. *de matrim.libr.*3. *disp.*35.*num.*10.P.Diana 8.*part.tract.*5.*resol.*16.*vers.Dico tertio*, Carpi.*de execut. lib.*1.*cap.*5.*num.*14. & Iranzo *de prot.cap.* 6.*num.*3.

73 Y en propios terminos, que la dicha licencia se puede probar con testigos ad valorem contractus, se prueba per textum in simili de auctoritate tutoris *in l.quæcumque*,13. §. *fin.ff. de publ.in rem act. & l.*2. *C. si quis ignorans rem min.* cum Glos.*verb.Probaueris*, Paz *in prax.tom.*1.*part.*1.*temp.*2.*n.*30. ibi: *Non tamen requiritur, quod prædicta licentia in scriptis detur, sed sufficit testibus probari; vt tenet Montalv.in l.*41.*Taur.verb. De la licencia, nam per epistolam, vel nuntium maritus hanc licentiam vxori dare potest.* Siguenç.*de claus.libr.*1.*cap.*10. *num.*20. Montealegr.*d.cap.*5.*num.*221.& in casu fortiori Branc.penes Marin.*lib.*2.*resol.alleg.*60.*n.*12.

74 Para este intento se halla esta parte con tres especies de prueba de la dicha licencia especial (abstrayendo de la general, de que consta por los dichos poderes, que tenemos por suficiente, segun lo fundado en el discurso primero, para en caso que lo contrario se fundasse) nempè per testes, per instrumenta comprobata, & per præsumptiones, ex quibus omnibus etiam se constituye vna probança plenissima, y priuilegiada á qualquiera contraria, cum in hac materia singula, quæ non prossunt multa collecta iuuant, vt dicemus num.107.

La

75 La primera eſpecie, que ſe conſtituye de teſtigos, es a todas luzes plenisſima; por que el Alferez Don Joſeph Cripa, el Alferez Don Andres Baſilio, Don Carlos Mazola, y Sebaſtian de Barrientos, deſde el fol. 129. y el Capitan D. Bartolomé Eſtopiñan Doria, fol. 143. concluyen, y conteſtan, que el matrimonio entre eſta parte, y la dicha Doña Ana Felipa quedó ajuſtado con el dicho Don Gáſpar ſu padre antes que ſe embarcaſſe en los Galeones que luego ſalieron el dicho año de 1664. Y el dicho Don Bartolomé dize, que yendoſe a deſpedir dél el dicho D. Gaſpar, ſe trató de la materia, y le manifeſtó, como lo dexaua ajuſtado, y que le dexaua orden a ſu muger para que lo efectuaſſe, y hizieſſe la dicha promeſſa; y que lo auia diſpueſto aſsi, por que el ſeñor Duque de Medina Celi no llegaſſe a entender auerſe ajuſtado con ſu voluntad, para poderſe eſcuſar con ſu Excelencia, ſi formaſſe quexa por la cauſa que el meſmo teſtigo refiere.

76 Y los demàs concuerdan, en que vna tarde antes de embarcarſe el dicho Don Gaſpár, ſe fue a deſpedir del dicho Don Domingo, viuiendo eſte en la calle del Empedrador, y que le habló con mucha ternura, ſignificandole el ſentimiento con que ſe embarcaua, por no dexar antes celebrado el matrimonio tratado, a cauſa de no àuer llegado el conſentimiento que eſperaua eſta parte de ſu padre, a quien auia dado cuenta de dicho matrimonio; y que por ello le dexaua á ſu muger orden, y poder baſtãte para que lo efectuaſſe, y hizieſſe la dicha promeſſa de dote ajuſtada con eſta parte: y algunos deponen, que al deſpedirſe deſta parte a la puerta de la calle, le bolvió à repetir lo meſmo. De que reſulta hallarſe eſta parte con plenisſima probança del dicho orden, y licencia eſpecial para la dicha promeſſa de doze mil peſos.

77 Túm, por que todas eſtas diſpoſiciones teſtifican de vna confeſsiõ hecha en ſu preſencia, y la deſta parte en vna propia ocaſion, lugar, y tiempo, ad textum *in l. cum de indebito, 25. §. fin. ff. de probat. l. generaliter, 13. C. de non numer. pecun. & l. fin. tit. 13. part. 3.* vbi Gregor. Lop. Gutierr. *de iuram. 1. part. cap. 54. num. 19.* aſſerens *num. 20. ex iure regio non eſſe neceſſariã acceptationẽ.* Burat. *deciſ. 458. num. 5.* vbi Ferent. *num. 8.* Poſth. *reſol. 52. à num. 5.* Nig, Cyriac. *lib. 1. controu. 91. num. 20.* Clem.

Mer=

Merlin.*decis*.311. *num*.1.& 2.*part*.1. Noguer. *alleg*.27.*n*.31. & D.Vela *d.dissert*.23.*n*.17.

78 Y en terminos de que el poder, orden, y facultad para algun efecto, aunque sea caso en que se requiera especial poder, se pruebe por la confession extrajudicial de la parte, y testigos que depongan della, probant ex textu *in l. nec satisdatio*,21.*ff.rem.rat.haber*. Boer.*decis*.281.*num*.1. Gratian.*tom*.3.*cap*.505.*num*.3.ibi: *Quo casu etiam praeiudicaret enuntianti in materia quoque requirente speciale mandatum*. Et ex his, & alijs D.Vela *dissert*.38.*num*.43.*tom*.2.ibi: *Ut quo ad mandatum sufficeret deponere de confessione dati mandati in re ipsi praeiudiciali*,&c.

79 Túm, por que deponiendo asimesmo de confessiones geminadas, se esfuerça mas la dicha prueba, pues aunque no fueran contestes en el tiempo, y lugar, no por esso dexáran de hazer plena fé, por ser vna singularidad adminiculatiua, y conspirar sus dichos a vn mismo fin, *ex l qui sententiam*,16.*C.de poen*.sic latè Pacian.*cons*.108.*ex num*.3.& Ansald.*cons*.128.*à num*.83.*ad* 93. Nig.Cyriac.*lib*.4.*controu*.623.*à num*.1.Posth.*resol*.52.*à num*.11.latequé Gutierr.*lib*.3.*pract.quaest*.12.*à num*.6. ex vi ipsius geminationis D. Valenç.*cons*.126.*à n*.20.& Marin.*lib*.1.*resol.cap*.61.*n*.4.

80 Túm, por que concurre con esto el tener las dichas deposiciones veritatis assistentiam, por ser hechas en fuerça de letras del señor Nuncio, & ad exonerationem conscientiae; por las quales se deue mouer mucho el animo del Juez a darles credito, aun sin que estuuiessen ratificadas, ita ex Curs.Iun.*cons*.106.*num*.5. & 8. & Craueta *cons*.198. *num*.11. *ad fin*.docet Surdo *cons*.129.*num*.8. Menoch.*de arbitr. libr*.1. *quaest*.26.*num*.6. & 7. Lazar. *de monit.sect*.4.*quaest*.9.*num*.6.& 14.Giurb.*decis*.95.*num*.2. & ex eis Posthio *resol*.24.*num*.58. & 59.

81 Y estando, como estàn los dichos testigos ratificados en sus declaraciones, y examinados ante el Juez secular sobre la dicha assistencia de verdad que tienen en todo lo que depusieron, no se puede dudar de su fé, y credito, y que prueban la dicha facultad, orden, y poder plenamente, vti cum alijs docet Nig.Cyriac.*lib*.1.*controu*.91.*num*.17.& Noguer.*alleg*.23.*n*.76.

82 En esta atencion no podrá obstar el oponer, que el

di-

dicho Don Carlos Mazola es hermano desta parte, y que Don Bartolomé es su cuñado, y que assi no son testigos idoneos; por que vltrá de tener por contestes a los otros tres, y a otros, se hallan con todos los adminiculos que se fundará en la siguiente especie; con que pruebã mucho mas en materia fauorable, qual es la presente, ita in casu ex Mantic. *decis.228.num.2.* Gregor.XV. *decis.477. num.11.* probat Burat. *decis.844.num.13.part.3.* ibi: *Secundò non obstat, quod supradicti duo testes sint consanguinei cæsaris, & eius vxoris respectiuè, quia vltrà, quod sunt in gradu remoto: plenè probant, cum ab alijs testibus, & adminiculis supradictis coadiuuentur, &c. præsertim fauore dotis Anan.cons.52.n.2.&c.*

83 La segunda especie de prueba, y que auemos dicho que corrobora la referida, se constituye, no solamente de los poderes presentados, a que se remite la escritura de dicha promessa, ex iam allegatis in primo discurso, sino tambien de la carta misiua, y testimonio, que se presentaron en el ingresso del juizio, para calificar mas la licencia, sobre que se disputaua, que están fol.14. y 39. a que se llega la clausula de institucion de heredero, fol.21. en el testamento que el dicho Don Gaspar otorgó, en virtud del poder que para ello le dexó la dicha Doña Ana su hija, que no se puede entender de otro algun derecho, que el de la dicha dote, como se dirá en su lugar.

84 Y en quanto á la dicha carta, vt sigillatim procedamus, se califica della, que la dicha Doña Maria de Alicante tuuo permisso, y consentimiento del dicho su marido para efectuar el matrimonio, y hazer la dicha promessa de dote: por que auiendo passado à la ciudad de Seuilla el dicho D. Gaspar, despues de auer venido del viage de Galeones a esta, donde le constó dello, le escriuió a su hija la dicha carta; y entre las demás cosas que por ella le auisaua, en razon de la mejoria de sus achaques, y estado de los negocios a que auia ido, concluye entre ellas con las palabras siguientes: *Y a Don Domingo abraça en mi nombre, y le diràs, que no estè dudoso de la dote que le hemos prometido, que me obligo de pagarla con toda breuedad.*

85 De la qual clausula se ajusta el intento desta parte, sin que lo impida el que el dicho Don Gaspar negasse ser suya la dicha carta, ni el que aya alegado con temeridad el

ser falsamente fabricada (sin tener prueba alguna dello) y sin que obste el dezir, que su comparacion es invtil, y que por ella no se puede probar su contenido, eoquod ex noua iuris constitutione, sin tres testigos de vista, a lo menos, no prueba cosa alguna, por estar corregida la *ley comparationes, 20. C. de fid. instrum. ex Auth. at si contractus, C. eod. & Authe. de instr. caut. & fid. § si quis igitur, cap. 1. coll. 6.* cui consonat *l. 119. tit. 18. part. 3.* ex Valasc. *consult. 67. num. 12.* & Acost. *de priuil. cred. reg. 3. ampl. 6. n. 2.*

86 Ni el dezir que la dicha comparacion es vna prueba muy peligrosa, y falible, pues en ella no se concluye otra cosa, que de la semejança, que la cõfiessa el dicho Don Gaspar; lo qual es muy propio de quien contrahaze letras, imitar las verdaderas, *d. Auth. de instr. caut. tit. 2.* in princip. ibi: *Illud studium falsatoribus esse credendes, vt ad imitationem litterarum semetipsos, maximè exercerent, eoquod nihil est aliud falsitas, nisi veritatis imitatio.* Deciano *cons. 100. num. 46.* Ansaldo *cons. 125. ex num. 46.* ita: *Et quamvis hæc probatio multum periculosa esse dicatur, cum multi reperiantur, qui manus alterius fingant: ita vt illam ipsam scripturam esse dicamus, Menoch. de arbitrar. d. cas. 114. num. 14. & 15. referens ex Suetonio in vita Titi, cap. 3. Titum Vespasianum, Chyrographa quacumque vidisset, imitari facile potuisse;* de quo etiam Gratian. *tom. 2. cap. 235. à num. 21. ad 23. & tom. 5. cap. 973. à num. 49.* latè Niger Cyriac. *lib. 3. cõtrou. 444. à num. 82.* Ferentil. ad Burat. *decis. 143. num. 39.* & Farin. *de falsit. q. 250. n. 4. & 73. p. 1.*

87 Por que sin embargo, nada desto puede ofender la fé de dicha carta en los terminos del caso presente, segun las circunstancias que la assisten: por que demás de la probança referida, y de que los testigos concluyen tambien del conocimiento de la mano, la dicha comparacion está hecha por quatro Escriuanos peritos, que concluyen que la dicha carta, por la forma de la letra, rasgos, y caracteres, es en todo semejante á la que tiene reconocida el dicho Don Gaspar, y á las demás que se han presentado, y que todas son de vna mesma mano, fol. 112. con que concurre conuenir ambas cartas en muchas circunstancias de su contenido, en las noticias de diferentes particularidades, que solo el dicho Don Gaspar podia saber, el ser de vn mesmo dia, y fecha, y de vna propia tinta, como lo declaran los dichos Escriuanos; y

el

el auerlas traido del Correo el Alferez Don Andres Basilio, que lo tiene declarado fol.130.con que se halla fuera de duda esta materia.

38 Túm, por que muchos, en terminos de la nueua disposicion de las autenticas, distinguen entre la comparacion scripturæ priuatæ inter præsentes factæ, ó en las cartas missiuas, escritas à ausentes: y en el primero caso dizẽ, que procede lo alegado supra, num.85.y esto, aunque aya solo vn testigo de vista, afirmando que basta; y en el segundo sienten ser suficiente la comparaciõ ad concordiã, cum *Auth.de his qui ingred.* §.*illud, cap.2.col.5.* Bart.*in l.nuda ratio, à num.9. ff.de donat.& in l.admonendi,*30.vbi Ripa,*ff.de iur.iur.*Felin.*in cap.2.num.17.* & ibidem Decius *num.16.de fid.instr.* Crauet. *de antiq.temp.5.part.1.princ.num.65.& 68.* Mantic. *decis.25. num.2.* Gram.*decis.34.num.16.* Rota *decis.781.ex num.5 p.1. nouissim.* Ferent.ad Burat. *decis.143.num.4.* Add. ad Capic. Latr. *obseru.55.n.16.*Ciarl.*libr.2.controu.174.n.24.* & alij per Acost.*d.regul.3.ampl.6.n.6.*

89 Y segun la practica, de que muchos testifican no parece poderse dudar dello, optimè Valasc. *consult.67.n.14.* ibi: *Deinde illud scio in praxi non seruari illam tam strictam iuris censuram, vt ad probandam scripturam priuatam manu alicuius scriptam fuisse, quod testes deponant se vidisse illam scribi à Titio. Raro enim vocantur testes ad videndũ huiusmodi priuatas schedulas scribi, & peribit iustitia partium propter illam difficillimam probationem. Vndè praxis admittit testes deponentes illam esse litterã illius, quia viderunt eum sæpissime scribere, & quia habent notam manum eius litteram, & caracteres: & deinde fiat comparatio litterarum in forma consueta per Notarios illius auditorij, & hoc modo proceditur, & ita sæpissime vidi iudicatum.*

90 Túm, por que quando esta resolucion no fuesse segura, a lo menos es constante, que la comparacion hecha con los requisitos que en este caso por Escriuanos publicos, nombrados a pedimẽto de las partes con vista de letra cierta, a que se remitan, y auiendo jurado, &c. haze semiplena probança, adeo que en su virtud se puede diferir el juramẽto in litem, Paz *in prax.4.part.cap.1.à num.26.tom.1.* Rodrig. *de execut.cap.1.art.2.num.19.* Ansald.*cons.125. à num.49.* Valasc.*consult.177.num.5.* Posth.*tract.de manut. decis.241.la primera à num.10. ad 20.* Burat. *decis.143.à numer.27.part.1.&*

de-

decis.475. *num*.5. & *decis*.624. *num*.1. *part*.2. Add. ad Capic. Latr. *d. obseru*.55. *num*.14. Nig. Cyriac. *lib*.3. *controu*.540. *ex n*. 58. & Acosta *d. reg*.3. *ampl*.6. *n*.3. D. Larr. *alleg*.96. *n*.26. nouissimequè Pegaz. *resol. for. cap*.11. *n*.33.

91 Y en estos terminos, quando á la comparacion se llega vn testigo solo, que sea de vista, ó en su defecto algunas presumpciones, ó adminiculos verosimiles, es en derecho llano, que la dicha comparacion constituye plena probança, quia tunc iudicis est extimare, quod aut credat, aut probatum esse, vel non oppinetur, *l* 3. §. *eiusdem*, *ff. de testib. l*. 2. §. *ætas autem*, *ff. de excu. tut*. ibi: *Aut alijs demonstrationibus legitimis*; *l instrumenta*, 5. *C. de probat*. ibi: *Si non alijs quoque adminiculis adiuuentur*; *cap. cum causam*, 13. *eod. tit*. ibi: *Et quæcumque alia adminicula*, &c. ita de comparatione Ansald. *d. cons*. 125. *à num*.45. Burat. *decis*.143. *à num*.27. & 29. vbi Ferentil. *num*.42. & *decis*.330. *num*.5. & *decis*.292. *num*.14. *part*.1. & *decis*.475. *num*.7. & *decis*.624. *num*.2. *part*.2. Posth. *resol*.14. *à num*.15. & Nig. Cyriac. *lib*.2. *controu*.272. *ex n*.5.

92 Las circunstancias, y adminiculos que en el caso presente concurren, son vehementissimos, y que hazen euidente la resolucion referida; por que demás de ser la dicha carta de vna fecha, y tinta, que la reconocida por el dicho D. Gaspar, y que ambas concuerdan en muchas de las circunstancias de que daua auiso, como lo contiene la comparacion, concluye el dicho Don Andres Basilio auerlas traìdo él mesmo del Correo, y que vió abrir a esta parte la reconocida, y que venia inclusa en ella la negada, y que es la mesma, y las mesmas razones que en ella se refieren, sobre la paga de dicha promessa, por que se la leyò esta parte: y este testigo con dicha comparacion prueba plenamente, por auerlas traìdo del Correo, ita Burat. *d. decis*.143. *à numer*.27. *part*.1.

93 Concurre asimesmo la deposicion de Leonor de la Concepcion, que concluye, se tratò en su presencia en dos ocasiones sobre la paga de dicha dote, y que en vna le respondió el dicho Don Gaspar a esta parte, que se la pagaria muy puntual; y que en la otra le dixo: *Ya le he dicho a V. md. que lo que echo vna vez por la boca, lo cumplo; y assi estè cierto, que le he de entregar su dote muy cumplida*, fol. 133. A que se llega la declaracion extrajudicial del Padre Juan de Ardines, que

tra-

trató el matrimonio, y ajustó la dicha dote, de que consta por el testimonio, fol. 39. y por là deposicion del Padre Tomàs de Ojeda, su compañero, fol. 137. que cita á Don Carlos Mazola, que dize lo mesmo, por auer passado en presencia de ambos; y cita à otra persona, que dize no conoció; y este es el Escriuano que dió el testimonio referido.

94 Y verdaderamente, que a vista de semejantes circunstancias, y adminiculos, y de las dichas declaraciones, que hazen mas que semiplena probança, que ignoramos poderse negar prudentemente de la prueba de dicha carta, y fé que se deue dar a lo contenido en ella, juntandose con dicha comparacion, y conspirando todo ello a vn mesmo fin, argum. *l. qui sententiam*, 16. *C. de pæn.* ibi: *In vnum concordante, conspiranteque finem*; exiam relatis num. 91. Y en propios terminos, con menos prueba que esta lo sienten assi Coccin. *decis.* 173. *n.* 3. & alijs Barat. *decis.* 844. *à num.* 4. Posth. *resol.* 46. *à n.* 4. *&* 5.

95 Ni obsta á esto la facilidad en la imitacion de letras, y lo poco segura que por ello es la prueba de las comparaciones; por que vltrà de que esta razon milita en solo el cotejo, no auiendo otros medios que lo afiancen, y que a là vista de dichas cartas consta quan dificil es la imitacion de la letra, y firma del dicho Don Gaspar, por su mala forma, y trauaçon, que aun su inteligencia es dificultosa; se responde, que es sola vna mera presumpcion, y muy leuè la referida, y fundada num. 86. que se excluye de la coordinacion de todo lo dicho num. 92. & 93. argum. *l. sed & si*, 9. § *præterea*, *& l. si filius*, 53. § *fin. ff. de pecul.* y de que en persona de la calidad, y sangre como la desta parte, que es notoria, no cabe semejante presumpcion, ni tiene lugar de derecho, *l. creditores*, 7. ibi: *Non puto autem, nec verecundiæ, nec dignitati tuæ convenire quid quam non iure facere, ff. de leg. iul. deu. priu. l. filius*, 15. *ff. de condit. inst. cum l. merito*, 51. *ff. pro soci. & cap. fin. de præsumpt.* iunctis traditis á Marq. Frege. *de existim. libr.* 2. *cap.* 6. *num.* 3. *& cap.* 7. *num.* 12. & ita arguunt in casu Burat. *d. decis.* 624. *n.* 6. *p.* 2. Valasc. *consult.* 177. *n.* 2. & Gratian. *tom.* 5. *cap.* 973. *num.* 56.

96 Túm etiam, por que tambien concurre, que el dicho Don Gaspar no se determinó en el primero reconocimiento que se le pidió, a negar, ni reconocer derechamente la

 di-

dicha carta, y se quedó en los limites de afirmar ser a su letra, y firma muy parecida la de dicha carta; y auiendose instado en que declarasse derechamente, se resolvió a negarla en el segundo reconocimiento: y desta variedad, y de la bacilacion, é indeterminacion de negarla, ò reconocerla en la primera ocasion, queda muy sospechosa su negatiua, *ex l.2. ff.de testib.* ibi: *Qui adversus fidem suam testationis bacillant*; vbi Gothofred. *verb. Bacillant*, aìt: *Bacillare à nonnullis dicitur, qui hæsitat; & l.eos, 27.* §. 1. ibi: *Ita anceps fides bacillat; ff. ad leg. corn. de fals. l. ex libro, 15. ff. de quæst.* Ansald. *cons.* 125. *ex n.* 50.

97 De que resulta, que no obstante que la dicha carta por si sola no fuesse suficiente probança del consentimiento para la dicha promessa, *ex l. instrumenta, 5. & l. non epistolæ, 13. & l. non nudis, 14. C. de probat. cum l. scripturas, 11. C. qui potior.* lo es, è instrumento legitimo para calificar la licencia, y poder que tuuo la dicha Doña Maria de Alicante para ello, mediante la dicha comparacion, y todo lo que se ha alegado que con ella concurre; de que se justifica su contenido, y por ello la certeza de la obligacion de dicha promessa, y facultad para hazerla, nam sicut per epistolam dari potest dicta licentia, ita & probari datam fuisse, *ex l. oratio, 16. & l. fin. ff. de spons. l. 2. l. mulierem, 5. ff. de rit. nupt. l. 1. ff. mand. l. quadã, 77. ff. de rei vind. l. si donatio, 5. & l. si aliquid, 13. C. de donat.* Gutierr. *de iuram. d. 1. part. cap. 1. num.* 43. Valdés ad Suar. *in l.* 13. *tit. 3. de las deudas, num. 32. fol.* 313. Montealegr. *d. cap. 5. n.* 273. D. Vela *in d. cap. fin. de procur. in 6. n. 49. p.* 1.

98 A lo qual no obstan algunas consideraciones que de contrario se han hecho, segun auemos alcançado de los autos; por que el dezir que tiene inverosimilitud lo escrito en dicha carta, auiendo estado en esta Ciudad antes de passar à la de Seuilla el dicho Don Gaspar, y mas viuiendo juntos esta parte, y el susodicho; y el que en dicha carta dixesse lo que no dize en la otra escrita á esta parte; y el que en el mesmo dia escriuiesse a su hija, y a esta parte, carece de fundamento juridico; por que de nada dello se puede inferir, ni aun la mas leue presumpcion: y a lo que puede mirar el que estuuiesse antes en esta Ciudad el dicho Don Gaspar, que es el que no le reconviniesse esta parte, se excluye con la mesma carta, pues della antes se conoce, que le pidió esta parte le pagasse su dote; y el que luego no le reconviniesse,

no

no es culpable en el yerno, *ex l.ſi extraneus*,33. §.1.*ff.de iur. dot.* Y todo lo demàs no tiene ſubſtancia,pues pudo ſuceder como ſucedió; lo qual baſta para excluſion dello, quia non probat hoc eſſe,quod ab hoc contigit ab eſſe, *l.*4.*C.vnde liber.l.neque natales*,10. *C.de probat.* Sim.Vazq. *loca comm.litt.P. num.*49.

99 Y de menor fundamento es, el que ſiendo la dicha promeſſa anterior à la dicha carta, ſe aya alegado, que no pudo por eſta recibir fuerça alguna ſu obligacion,y que ſegun ello no ſe juſtifica que precedieſſe licencia; en que ſe fundaſſe para ſu firmeza; *quia mandatum debet præcedere obligationem non autem ſequi, cum mandatum non poſsit intervenire pro eo,quod eſt factum, ſed pro eo,quod eſt faciendum*; vti ex *l ſi verò*, 12. §.*ſi poſt. ff.mand.* cum Natt. *conſ.*142.*num.*7. *volum.*1. & Ioan.de Amic.*conſ.*8.*n.*49.notauit Mozz.*d.tit.de ſubſt.mand. num.*3.

100 Por que à ello ſe ſatisface con que ſi ſe quiere afirmar, que para el valor de la dicha promeſſa era preciſo conſtaſſe que precedió la dicha licēcia, eſto meſmo conſta de la dicha carta, ibi: *Que le hemos prometido*,&c. la qual oracion es de tiempo preterito, y prueba, que precedió el dicho orden: y con que en el caſo de nueſtras leyes Reales es contra derecho ſemejante alegacion,aſsi por todo lo dicho en el primero diſcurſo,en que ſe fundó,que no vale el argumento de mandato ad licentiam, y el que eſta podia intervenir en qualquier tiempo;como por que ſi ſe quiere dezir que no ſe pudo reualidar por la obligacion de dicha carta, caſo que por ella no ſe probaſſe que precedió la dicha licencia,es error notorio de derecho,y contra diſpoſicion expreſſa Real in *l.*58.*Taur.* quæ eſt *l.*5.*tit.*3.*lib.*5.*Recop.*que dizen: *El marido pueda ratificar lo que ſu muger huuiere hecho ſin licencia, no embargante que la dicha licencia no aya precedido, ora la ratificacion ſea general, ò eſpecial.* Et ibidem Matienz.*gloſ.*1.*à num.*1.*vbi de ratificatione, & licentia data per epiſtolam poſt obligationem factam ab vxore.*

101 La razon es juridica, por que no ſiendo la dicha licencia forma, ni ſolemnidad ſubſtancial, como ſe fundó en dicho primero diſcurſo, aunque valieſſe el argumento de mandato ad eam,no valiera el que ſe deduce ex allegatis num.99.por que aliud eſt, que el poder preſuponat rem facien=

ciendam eius virtute,& aliud iam factam ratificandam; por que en esta segunda inteligencia no es necessario que preceda el poder al acto, vt teneat, cum adhoc sufficiat ratificatio, quæ mandato præcedenti comparatur, *l.si verò,12.§.fin. ff.de solut.l.si pupilli,6.§.item quæritur,ff.de negot.gest.l.ei qui servo,7.in fin.C.quod cum eo*, ita Gothofred.*in l.si verò,12.§.si post. ff.mand.litt.I.* ibi: *Nam facti præteriti ratihabitio quidem, sed non mandatum esse potest.* Montealegr. *d.cap.5.n.*240. & D.Salg.*in labyr.2.p.cap.10.à n.3.ad 57.*

102 De que se sigue asimesmo, que quando no huuiera precedido la dicha licencia general, de que consta por los poderes, segun lo alegado en el primero discurso, ni la especial, de cuya prueba consta en este, se asseguraua la firmeza, y validacion de dicha promessa por la dicha ratificacion, la qual basta tambien el que sea general, como en la dicha licencia, aunque fuesse en caso que se necessitasse de poder, y facultad especial, *ex l.quod si de speciali,26.ff.de min. & l.profectitia,5.§.1.ff.de iur.dot.* Matienz.*in d.l.5.tit.3.libr.5. Recop.glos.3.num.1.& 2.* Montealegr. *d.cap.5.num.*256. Grat. *tom.4.cap.704.num.25. & tom.5.cap.926. num.19.* & Rota penes D.Salg.*in labyr.decis.12.n.10.*

103 Y de la mesma suerte que por la dicha carta consta de la dicha licencia, se califica juntamente la dicha ratificacion, ibi: *Que me obligo de pagarla*,&c. con que en ambos casos se halla esta parte con igual probança por la de dicha carta, y por la deposicion de Leonor de la Concepcion, suprà, num.93. y por las presumpciones de la institucion de quibus, á num.109. y que la dicha ratificacion se puede probar con testigos, como la licencia es constante de derecho, imó, & potius in ea procedit, ex Grat.*tom.3.cap.505.num.46. & quidquid aliud sit in ratificatione, quæ poterit probari per testes, quamvis statutum disponeret, quod mandatum non possit probari testibus, sed per scripturam.*

104 Finalmente, procede lo mesmo en quanto al testimonio dado por Francisco Arias, Escriuano Real, fol.39. en que se contiene lo que declaró el Padre Juan de Ardines, en razon de auer tratado con el dicho Don Gaspar, antes q̃ se embarcasse, el dicho matrimonio, y ajustado la dicha promessa de dote, segun que mas por extenso se refiere en él, en que no hallo prohibicion legal, que impida su fé, y que se

pu-

pudiesse dar: porque aunque sea assi, que in vim testimonij ningun testigo pueda declarar, ni ser creido, *ex l.3.§.idem diuus, cum seq.ff.de test. & cap.tua, 8. de cohab. Cler. cap.testes, 16. 3.quæst.9. & cap.si testes, 4. §.alia est auctoritas, 4. q.3.* Pacian. *cons.19.ex num.40.& lib.1.de prob.cap.65.num.42.*& cum alijs Ferent.ad Burat.*decis.113.n.36.*

105 Sin embargo, en el caso presente no procede esta duda (que es la mayor que tiene el dicho testimonio) porque, como auemos afirmado, no ay ley que prohiba à ningun Escriuano publico, ó Real, que dé semejantes testimonios, siendo de cosa que passó en su presencia, & in continenti; y esto lo enseña la practica, y experiencia, y por ellos se prueba lo que su relacion testifica, en quanto à auer passado assi, *ex l.gesta, 6. C.de re iudicat. cum l.1. C.de testib.* Menoch.*cons.484.num.22.* Mascard.*de probat. tom.2. conclus.672. num.2.* & D.Valenç.*cons.78.n.91.*

106 Mucho mas quando se halla la dicha su relacion justificada con dos testigos, que deponen auer passado en su presencia, que lo son el Padre Tomás de Ojeda, compañero del dicho Religioso, y Don Carlos Mazola, citado por èl, con los demás adminiculos de la prueba que se ha referido, en cuyos terminos haze fé el dicho testimonio; y la deposicion extrajudicial que en él se contiene, *ex l.1.§.si pæcunia, ff.de posit.* ibi: *Vel honestis personis interuenientibus hoc euenerit.* Burat.*decis.3.num.3.& Ferent.ad eundem decis.95.numer.8.vers.fin.part.1. & in decis.688.num.18.part.2.* Posthio *tract.de manut.decis.97.num.3.* ibi: *Fides extraiudicialis cum sit adiuvata, & adminiculata alijs testibus facit fidem.* Et in casu sic limitat Ferentil.ad Burat.*d.decis.113.num.38.*ibi: *Limitatur tertiò, quando fides esset verisimilis, & adminiculata, quia tunc probaret,*&c. D.Valenç.*cons.102.à n.87.vbi n.89.*

107 Y la razon es, por que quando la probança que esta parte tiene de la confession del dicho Don Gaspar, vti à num.76. y de la carta escrita á su hija, sicuti á num.34.cum sequentibus, no fuesse cada qual plena en su especie, se constituyera plenissima de todo lo dicho hasta aqui, ex num.75. quia singula quæ non prosut multa collecta iuvant, per textum in *l.instrumenta, 5. C.de probat.* ita in simili fide notarij ait Burat.*decis.789. num.1.part.3.* & generaliter *decis.566. num.17. & decis.725. num.14. part.2.* Clement. Merlin. *decis.509.*

 num.

*num.*1.*part.*1.Anfald.*conf.*129.*num.*15.Capic.Latr.*decif.*60.*à num.*5.*part.*1.Nig.Cyriac.*controu.*505.*à n.*49.*lib.*3.& D.Vela *differt.*38.*n.*42.*tom.*2.

108 La tercera, y vltima efpecie de prueba refulta de diferentes prefumpciones legales, que califican el mefmo intento, originadas (afsi de la contextura, y convinacion del hecho en todo lo referido ex proximè allegatis, como por las que fe expreffarán, que proceden de derecho; de que affimefmo fe prueba el orden, y licencia que tuuo la dicha Doña Maria para efectuar el matrimonio, y hazer la dicha promeffa, nam mandatum, maximè aliquibus actibus interuenientibus, vti in hoc cafu, præfumptionibus probari poteft Pofth.*tract.de manut.decif.*536.*à num.*18. Rota penes D. Salgad.*in labyr.decif.*62.*num.*52.Gratian.*tom.*3.*cap.*505.*ex numer.*14.*ad* 16.vbi ait: *Imò exiftis adminiculis, & alijs de quibus in facto coadiuuatur probatio dubia, & imperfecta, & coniunguntur ad conftituendam plenam probationem.* Et Niger Cyriac. *d.controu.* 505 *num.*51.ibi: *Atq; mandatum præfumitur ex coniecturis, fi alia concurrant*; D.Larr.*decif.*55.*n.*21.

109 La primera, que concurre con todos los adminiculos de la juftificacion de la carta, fe origina de las declaraciones hechas por la dicha Doña Maria, fol.65. y de fu mefma probança: porque es inverofimil, é increible fe refolvieffe la fufodicha á efectuar el dicho matrimonio, y hazer la dicha promeffa por los ruegos que fupone le hizo efta parte, y que por ellos faltaffe à la reuerencia, y obediencia del dicho Don Gafpar fu marido, fi fueffe cierto, y le conftaffe, como dize era contra fu voluntad, pues no cabe en razon prudente, ni es cofa verofimil quifieffe incurrir en la indignacion del dicho fu marido, por condefcender en las perfuafsiones defta parte, fi no tuuieffe orden, y facultad para ello, *ex cap.ficut alterius*, 40.*7.quæft.*1. *cum cap.manifeftũ*, 33.*quæft.*5.Nig.Cyriac.*d.lib.*3.*controu.*505.*num.*51. *vbi num.* 52.ait: *Et præfumitur in eo, quod quis verifimiliter non feciffet fine mandato.*

110 La fegunda fe caufa, de que auiendo buelto del viage el dicho Don Gafpar, le conftó de la dicha promeffa de dote, y de que en parte de pago della, le auia entregado la dicha fu muger á la dicha fu hija algunas joyas, como lo confeffó el mefmo Don Gafpar: y fi efto fe huuieffe executa-

ta-

tado sin su consentimiento, y licencia, lo impugnára, y contradixera luego, y no lo huuiera consentido, y tolerado tanto tiempo, hasta despues de la muerte de su hija, y nieta, y hasta que se le mouió este pleito, ex regul. in *l. sed Iulianus*, 9. §. *proinde, ff. ad Maced.* ex qua constat obseruantiam subsecutam declarare intentionem præcedentem iuncta regula in *l. qui patitur*, 18. *ff. mandat.* & *l. intestata*, 14. *ff. pro empt.* ita arguit ad præsumendum mandatum Nig. Cyriac. *d. controuers.* 505. *num.* 58.

111 Y quando esta conjetura no calificasse la dicha licencia suficientemente, a lo menos no es dudable inducirse della la ratificacion de dicha promessa, ad quam, como en materia fauorable, basta la ciencia con el silencio; por que siendo caso en que podia el dicho Don Gaspar ser compelido a hazerlo, y consentirlo, no lo contradiziendo expressamente, ratum habuisse præsumitur, *ex l.* 2. §. *voluntatem, ff. solut. matrim.* ita ex Socin. *cons.* 291. *n* 8. *volum.* 2. docet Pacian. *de prob. lib.* 1. *cap.* 30. *n.* 14.

112 La tercera se induce, de que no solo huuo el dicho silencio, y tacita permission, sino que conseruó en su compañia à esta parte, y hizo otros muchos actos, que aun tiene alegados; lo que no es de creer hiziesse, si huuiesse recibido el disgusto, y sentimiẽto que supone tuuo del dicho matrimonio. Y estos actos, con la assistencia de la declaracion de Leonor de la Concepcion. y de la carta escrita á la dicha su hija, califican el dicho orden, y sin duda alguna la ratificacion de dicha promessa, ex Suarez *in d. l.* 13. *tit.* 3. *de las deudas, lib.* 3. *for. à num.* 30. & 31. Gom. Arias *in l* 52. *Taur. à num.* 23. & 25. Matienz. *in l.* 3. *tit.* 3. *libr.* 5. *Recop. glos.* 1. *num.* 7. Gutierr. *lib.* 2. *canon. cap.* 25. *n.* 10. *vers. Fit tamen*, & Scob. *d. art.* 2. §. 3. *n.* 120.

113 La quarta, que ponderamos por vltima, omitiendo otras, nace de que auiendo muerto Doña Maria Mazola algunos tres meses despues de la dicha Doña Ana su madre, el dicho Don Gaspar, en el testamento que otorgó por la dicha su hija, en virtud del poder que para ello le dexó, declaró, como antes de llegar al otorgamiento de dicho testamento auia muerto en su infancia la dicha Doña Maria Mazola su nieta, a quien auia dexado por su vnica heredera la dicha su madre en dicho poder; y que respecto dello,

tocaua su herencia á esta parte, como a su padre; y assi lo deuia instituir, è instituia por tal heredero, para que huuiesse los bienes de dicha herencia, segun que por derecho le tocauan, fol. 21.

114 Vndè est, que siendo constante en el hecho, que la dicha Doña Ana no tenia otros bienes, que el derecho á la dicha dote, y los que a cuenta della tiene declarado su padre le entregó su muger (aunque añade, que sin su consentimiento) los quales legó à sus hijas en dicho testamento, con el pretexto de que assi se lo auia ordenado la dicha su hija, no parece negable que la dicha promessa, y entrego se huuiesse hecho con su licencia, pues de otra suerte no es verosimil hiziesse la dicha institucion, ni es de presumir fuesse inut l esta, y el dicho legado, no se conociendo otros bienes de la dicha Doña Ana, sine quibus institutio esset illusoria, *ex l. conficiuntur*, 8. § *si post. ff. de iur. cod. l. qui ex liberis*, 11. §. 1. *ff. de bon. possess. secund. tab.* ibi: *Fortunas quoque suas*; *l. testandi*, 13. *C. de testam.* ibi: *De pecunia sua*; & *Auth. ingressi, C. de sacrosanct. Eccles.* ibi: *Ne ergò de his testantur, vtpotè nec domini rerum*; *l.* 17. *tit.* 1. *part.* 6. *cum glos.* 2. Gom. *in l.* 3. *Taur. num.* 17. Spino *in specu. glos.* 6. *rub. num.* 2. Matienz. *in l.* 3. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recopil. glos.* 7. *à n.* 1. & D. Pich. *inst. quib. non est perm. facer. test. in princip. ex num.* 57.

115 Y por lo menos la dicha institucion, y legado no se pudo hazer sin quedar ratificada la dicha dote; y quando se diga deuerse entēder de las arras, ó en bienes que pudiesse adquirir, *l. hæreditatis*, 50. *ff. de pect. hæred.* & *l.* 3. *ff. de bon. poss.* se califica mucho mas dello la presumpciō referida, supuesto que es llano, que la dicha Doña Ana no tenia, ni podia tener otros bienes, que la dicha dote, y que en quanto esta tuuiesse lugar, y no en mas, lo podiā tener las arras, que ella mediante le prometió esta parte á la dicha su muger, *ex l.* 3. *C. de donat. ant. nupt. Auth. dos data, C. eod.* & *Auth. sed quæ, C. de pact. conv.* Baez. *de non melior. filiab. cap.* 32. *num.* 18. Siguença *de clausul. lib.* 2. *cap.* 11. *num.* 68. Gam. *decis.* 370. *num.* 2. Valasc. *consult.* 3. *à num.* 2. & 5. & *consult.* 137. *ex num.* 1. P. Sanch. *de matrim. lib.* 6. *disp.* 37. Gutierr. *de matrim. cap.* 19. *num.* 41. & Marin. *lib.* 2. *resol. cap.* 24.

116 De todo lo dicho resulta, que aun en caso que la parte contraria se hallasse con alguna probança, que diesse

lu-

lugar a dudar en la determinacion, era preciso se prefiriesse la desta parte, por hallarse sus testigos, no solo con la assistencia de la verdad, ex allegatis num. 80. sino tambien con la presumpcion de derecho, y por ser mas verosimil a él, segun las alegadas, y concurrir con sus dichos la corroboracion de los poderes, y licẽcia general dellos, la carta del dicho Don Gaspar, con todo lo fundado en su prueba; el testimonio del dicho Escriuano, y clausula de institucion de heredero, y demás adminiculos, ad textum *in l. 3. § .eiusdem, ff. de testib. cum l. hanc legem,* 15. *C. eod.* Ansald. *cons.* 27. *num.* 22. & 23. & *cons.* 101. *à num.* 16. & *cons.* 128. *ex num.* 26. D. Valenç. *cons.* 163. *à num.* 120. *tom.* 2. Burat. *decis.* 367. *num.* 10. *part.* 1. & Rota penes D. Salg. *in labyr. decis.* 2. *n.* 13.

117 Pero lo que mas es, que considerada con atencion la probança contraria, no es de momento, ni puede releuar á las partes contrarias, assi por las tachas que sus testigos padecen, como por sus contradiciones, variedad, inverosimilitud, y ser singulares en muchas circunstancias, como de cada vno dellos consta: por que Leonor Maldonado se trae consigo la mayor tacha que el derecho tiene, que es el ser persona vil, por esclaua de las partes contrarias, cuya deposicion no puede hazer fé, ni por ley es permitida, ad textum in *l.* 3. § .*lege iulia*, ibi: *Nam quidam propter reuerentiam personarum*, &c. cum *l. serui*, 7. *ff. de testib. l. seruos*, 8. *C. eod.* & *nouel.* 90. *cap.* 6. & *nouel. leonis*, 49. cum *l.* 13. *tit.* 16. *p.* 3.

118 Y Doña Josepha de Ceruantes es tia del dicho D. Gaspar, como lo depone en las generales; y demàs deste deudo, tiene afecto particular, por el interesse de viuir a expensas del dicho su sobrino, y en su casa; causas todas para q̃ no se pueda atender, ni dar credito a su deposicion, por la mesma razon *d. l.* 3. § .*lege*, & *l. idonei*, 6. quæ ait: *Idonei testes non videntur esse testes, quibus imperari potest, vt testes fiant*, cum *l. testes*, 14. *ff. de testib.* & *l. lex cornelia*, 5. *ff. de iniur. l. eos testes*, 5. *C. de testib. cap. in litteris*, 24. *eod.* & *cap. consanguinei*, 3. *quæst.* 5. & *l.* 18. *tit.* 16. *part.* 3. Gothofred. *ad l.* 4 *ff. de testib. litt. I.* ibi: *Testes in cognatione esse non possunt sobrini, & sobrina nati*, D. Valençuel. *cons.* 134. *n.* 60. & *cons.* 105. *ex n.* 65.

119 Pedro de Morla, ayo que dize fue de vn hijo del dicho Don Gaspar, vltrà deste afecto, y de que vino de la ciudad de Xerez, ofreciendose, y combidandose volunta-

riamente para testigo, es singular en todo lo que depone; y tanto, que en todo el discurso deste pleito no se ha alegado tal de contrario, ni en pregunta alguna se halla articulado; con que en todo lo que las excede no prueba, *ex glos. in l. si quis, 7. § fin. ff. de petit. hæred. verb. Admittat*, Iass. *in l. si de eo, § idem Iulianus, ff. de iur. iur. num. 27.* & Decian. *cons. 65. num. 24. lib. 3.* Mantic. *decis. 352. num. 5.* Menoch. *de recup. rem. 1. n. 228.* Gom. de Leon *centur. 1. num. 3.* Riccio *in prax. de testib. decis. 439.* Capic. Latr. *decis. 128. num. 52.* D. Valenç. *cons. 102. n. 41.* Noguer. *alleg. 32. num. 64.* & D. Salgad. *in labyr. 3. part. cap. 1. num. 34.* ibi: *Constat etiam, quia testes deponentes vltrà articulos nihil probare, nec esse ex eorum atestatione ferendam sententiam.*

120 Insuper los dichos testigos, que son los principales de dicha probança; por que Catalina de Chirinos, criada de las partes contrarias, es de oìdas, se oponen ex diametro con los demás, sin que se les pueda dar concordia; por que la dicha esclaua, y la tia del dicho Don Gaspar dizen, que fueron muchas vezes las que el dicho Padre Juan de Ardines trató con el susodichó el dicho matrimonio, y que siempre respondiò, que no tenia voluntad de hazerlo, y que ni podia, por no tener con que dotar a su hija. Y vltrà de ser muy inverosimil el que el dicho Religioso, vna vez despedido, y sabiendo la dicha resolucion, tratasse muchas vezes el dicho matrimonio, se deue advertir, que la dicha Doña Josepha de Ceruantes dize, se trató siempre a solas con el dicho su sobrino, y que no sabe si de passo lo acertó a oìr alguno de su casa; y la dicha esclaua afirma auerse hallado en todas las ocasiones presente; y el dicho ayo dize, que desde la primera vez que el dicho Religioso le trató al dicho Don Gaspar el dicho matrimonio, y que lo despidió, le mostró mal semblante, y que en las ocasiones que despues iva de visita el dicho Religioso, se salia el dicho Don Gaspar sin hablarle, ni mas que saludarle de cortesia, y que en ello reconoció el sentimiento que recibió desde que le trató el dicho matrimonio. De que se reconoce la variedad, y contradicion que padecen.

121 Y lo que tiene menos concordia es, que el Pagador Don Martin de Almendariz concluye, que despidiendose el dicho Don Gaspar para irse a embarcar, le preguntó si dexaua efectuado el dicho matrimonio, y que le respõdió,

que

que ſegun el informe que le auian hecho de la calidad, y caudal deſta parte,no ſe auia reſuelto a deſpedirlo(noteſe lo opueſto que es haſta aqui eſte dicho a los demás;) y en lo que ſe adelanta en fauor de la parte que le preſentó, es en q̃ tambien le dixo,que ſin embargo no ſe hallaua tampoco en ocaſion de hazerlo, y que haſta ſeis mil peſos podia darle de dote a eſta parte. Y en eſta razon ſe opone a los demás teſtigos.

122 De que reſulta deſtruirſe ad invicem eſtas depoſiciones,ſin que ſea poſsible hallarles concordia, aunque ſe quiera ſolicitar; por que en reſumen ſon coſas incompatibles que el dicho matrimonio ſe trataſſe muchas vezes con el dicho Don Gaſpar,y que fueron mas de ocho, ſegun dizen la tia, y eſclaua (lo qual no es veroſimil, ſi deſde la primera lo deſpidieſſe) y que no ſe trataſſe mas que vna vez, como dize el ayo;y el que fueſſe a ſolas,como dize la tia; y el que la eſclaua ſe hallaſſe preſente en todas, como ella lo cõcluye;y que todas digan,que deſde la primera vez lo deſpidió,por que no ſe hallaua con que darle dote alguna,quãdo el dicho Pagador concluye en todo lo contrario,cõ que no prueban,*ex cap.licèt cauſam,9.de prob.* ibi: *Plures tamen illorum reprobantur,quia ſibi invicem euidentiſsimè contradicunt*;*cap.ſi teſtes*,4.§.*qui falſo*,4.*quæſt*.3.*& cap.quod autem*,3.23.*quæſt*.7. *l*.41.*tit*.16.*part*.3. Anſald.*conſ*.128.*ex num*.11.*&* 213.Pacian. *conſ*.117. *ex num*.21. D.Valenç. *conſ*.73.*num*.9.*tom*.1. *& conſ*. 121.*num*.139.*& conſ*.163.*num*.89.*tom*.2. Burat.*deciſ*.367.*num*. 8.*part*.2. Noguer.*alleg*.25.*num*.318.maximè in ſuſpectis teſtibus *idem alleg*.26.*n*.108.& D.Larr.*alleg*.96.*à n*.33.

123 Finalmente,las dos depoſiciones que reſtan de D. Antonio Maria Taſára,y el Alferez Alonſo de Arjona,que lo era del dicho DonGaſpar,que no ſaben nada en lo principal,no prueban; y en lo que cada qual dize,es ſingular, y de confeſsiones extrajudiciales,la vna al dicho DonGaſpar, y la otra à Juan Fernandez de Sotomayor, por oídas deſta parte; por que el dicho Taſára declara, que el dicho Juan Fernandez, Eſcriuano, que otorgó la eſcritura de capitulaciones matrimoniales, le manifeſtó, quando venia de otorgarla, que auia ſido ſin fundamento alguno la promeſſa de dote que ſe le auia hecho a eſta parte,por no ſer ſuficientes los poderes;y que ſe lo auia manifeſtado a ſolas a eſta parte,

y

y le auia respondido, que no importaua, por que solo queria dar color à la dicha promessa, para satisfacer à su padre. Este dicho tiene tres defectos, que lo destruyen: El primero, el ser singular, de oidas al dicho Escriuano en confessiõ, que se supone desta parte. El segundo, el ser inverosimil que el dicho Escriuano, siendo de los mejores oficiales que tuuo esta plaça, otorgasse la dicha escritura, conociendo que los dichos poderes eran defectuosos: y el tercero, que aunque él mesmo lo huuiera depuesto, no podia hazer fee, por ser cosa que consiste en punto de Derecho, como se vé del primero discurso, ita ex Farinac. & alijs Carena *de offic. S. Inquisit. 3. p. tit. 6.* § . 1. *n.* 4. & se referens *resol.* 195. *n.* 14.

124 Y en quanto al Alferez Arjona, procede lo mesmo; por que es inverosimil que el dicho Don Gaspar no le diesse la bienvenida á esta parte quando le fue a ver al Galeon, recien llegado, por ser funcion esta, que aun a los estraños se haze, solo por costumbre del gozo en los que vienen de semejantes viages. Y por ello lo es tambien el dezir, que el dicho Don Gaspar se auia demudado de color, y que le preguntó el testigo la causa, y le respondió, que su sentimiẽto se auia causado de que Doña Maria de Alicante su muger huuiesse casado a su hija sin su voluntad. En lo qual es tambien singular el dicho testigo, y de confession extrajudicial del dicho Don Gaspar; con que ni vno, ni otro testigo prueba cosa alguna, siendo cada vno de singulares confessiones de distintas personas, y el primero de oidas á la desta parte, optimè Pacian. *cons.* 117. *ex num.* 10. *ad* 16. *&* *cons.* 26. *à num.* 77. *&* 78. Burat. *decis.* 294. *num.* 8. *&* *decis.* 341. *ex num.* 1. Ferentil. *ad eundem decis.* 113. *num.* 40. *litt. C. part.* 1. & Noguer. *allegat.* 26. *à num.* 82.

DISCURSO TERCERO.

125 LA Causa que puede auer dado motiuo a excitar la duda en la sucession desta parte, parece que se pudo originar de la question tan reñida entre Bulgaro, y Martino, glossadores antiquissimos del Derecho, sobre si la dote, a lo menos, que no se huuiesse entregado, deuia quedar, ó bolver la ya entregada ad patrem dotatem, *ex l. dos à patre*, 4. *C. solut. matrim.* que ha sido la capital

de

de dicha question, en que parece tener las partes contrarias fundada la exclusion del titulo de heredero, y transmission; por la qual se deue introducir esta parte al derecho de la dicha dote, mayormente auiendose quedado en los terminos de prometida, sin que se llegasse á efectuar en la dicha Doña Ana Felipa, para que se pudiesse transferir en la dicha Doña Maria Mazola su hija, y heredera, y por su muerte en esta parte.

126 Lo vno, por que aunque regularmente la herencia no aceptada, neque delata, se transmita ex potentia sui tatis, *ex l. ex millitari*, 11. *§. fin. cum l. seq. ff. de millit. test. l. apud hostes*, 8. *C. de suis, & legit. & l. 3. C. de iur. deliber.* vel etiam ex potentia tantum sanguinis; esto solamente procede con los descendientes, no empero con los ascendientes, *ex l. vnica, §. in nouissim. C. de caduc. toll.* ibi: *Hæreditatem etenim, nisi fuerit adita, transmitti, nec veteres concedebant, necnos permittimus, exceptis videlicèt liberorum personis; & l. vnica, C. de his, qui ante apert. tab. cum l. 2. tit. 6. part. 6.* vbi Greg. Lop. *glos. 8. cum seqq.* D. Vela *dissert.* 11. *num.* 81. & alij à Marin. *lib. 2. resol. alleg.* 133. *n.* 3.

127 De que se infiere de contrario, que aunque fuesse cierta la dicha promessa, nunca pudo esta parte llegar á adquirir el dicho derecho de sucession en ella; por que no se auiendo radicado en la dicha su muger, no pudo llegar el caso de que se huuiesse debuelto á la dicha su hija, y heredera, para que muriendo esta sin auerla aceptado, se transmitiesse a esta parte, eoquod necessarium erat, hæreditatẽ esse iam delatam, ex regula in *l. delata*, 151. *ff. de verbor. significat. l. quoniam*, 7. *l. licèt*, 8. *l. si curatoris*, 9. *& l. renitente*, 11. *cum seq. C. de iur. deliber.* Lo qual no se puede considerar en la dote prometida, en que nunca se adquirió derecho à la dicha Doña Ana, que se difiriesse á la dicha su hija, y heredera, ita Molignat. *in cons. penes Thes. decis.* 190. *ex num.* 17. & alij à Menoch. *cons.* 238. *per tot. tom.* 2. *& cons.* 1132. *à n.* 1. *tom.* 4.

128 Especialmente por que no llegó el caso de que la dicha Doña Maria Mazola aceptasse la herencia de la dicha su madre, por auer muerto poco tiempo despues que la susodicha falleciesse: en cuyos terminos tampoco se le pudo adquirir el derecho de la sucession en dicha promessa de dote, ex Bald. *in l. si quis donaturus, §. si quis indebitum in fin. ff. de cond. caus. dat.* &c. Angel. *cons.* 76. *ex num.* 1. Roland. *tract. de*

 li-

lucro dot.quæst.5.à n.1.& Capic.*decis.176.n.28.*

129 Lo otro, por que segun la opinion de Bulgaro, siempre la dote deue bolver al padre dotante, ex ratione *l.iure sucursum,6.ff.de iur.dot.* quæ ait: *Iure sucursum est patri, vt filia amissa solacij loco cederet, si rederetur eidos ab ipso profecta, ne & filiæ amissæ, & pecuniæ damnum sentiret; & l.avus,79.ff.de iur.dot.l.si pater,12.ff.de pact.dot.l.fin.ff.rem rat.haber. l.pater,71.ff.de euict.l.si ab hostibus,10.ff.solut.matrim. l.penult.& l fin.ff.de in rem vers.l.filius familias,17.ff.ad Maced.l.2.C. de bon.quæ liber. l.3.C.de iur.dot.l.si conuenit,6.cum seq. C.de pact.conuent. l.4.C.de fals.caus.adicet. & d.l.dos à patre,4. C.solut.matrim.* Castill.*in l.6.Taur.ex fol.52.*Thes.*decis.*138.*à num.*1. Pet.Barbos.*in l.post dotem,41.per tot.ff.solut.matrim.*Rota penes D.Salgad.*in labyr.decis.93.n.7.*& Marin.*lib.1.resol.cap.15.à n.9.*

130 Y quando en este caso tenga lugar la costumbre general, de qua Martinus glossator, por lo menos en el presente, en que solo se trata de la dicha promessa, sin que se llegasse a entregar la dicha dote, parece que no puede proceder la dicha costumbre; por que esta se constituyó en la dote ya entregada, en que solamente habló la disposicion de la dicha *ley dos à patre,4. C.solut.matrim.* cum proximè relatis, y no en la prometida solamente, *ex allegatis num.127.*

131 Pero sin embargo de todo ello, y sin que sea de momento, etiam de iure communi loquendo, lo cierto es, que auiendo muerto en su infancia la dicha Doña Maria Mazola, se le transfirió a esta parte iure patrio su herencia, y en ella el derecho de la dicha promessa, sin que fuesse necessario que la huuiesse aceptado, ex dispositione, & priuilegio *l.si infanti,18. C.de iur.deliber.* ibi: *Tunc parentem quidem superstitem omnia ex quacumque successione ad eundem infantem deboluta iure patrio, quasi iam infanti quæsita capere;* cui consonat *l.13.tit.6.part.6.* ibi: *E si por ventura muriesse el moço ante que fuesse de edad de siete años, ante que el padre la entrasse, entonce puede aun el padre entrar, è tomar la heredad que era dexada al hijo, è auerla para si;* vbi Greg.Lop.*glos.19.*

132 Y en qualquiera derecho de sucessión, que toque al infante, lo asientan por llano Georg.Accac.*de priu.parent.priu.4.cap.3.num.10.* ibi: *Atq; hoc, vt vere est, speciale esse, quæ non quæsitam, vel aditam hæreditatem, pater vt quæsitam, aditamquè petere possit si vellit; si quidem in infantia decesserit filius,*

ait

ait glos. ibidem, & proprium hoc patris priuilegium vocat Bart. ibidem, &c. Thes. *decis.* 88. *num.* 3. & 4. Menchac. 2. *part. de success. creat. lib.* 1. §. 8. *num.* 1. & 2. Mart. *vot.* 121. Cancer. 3. *part. variar. cap.* 21. *ex num.* 71. Marin. *d. alleg.* 133. *ex num.* 7. & D. Vela *d. dissert.* 11. *ex num.* 105. & 107. *per tot.*

133 Y en terminos especificos del derecho à la sucession de la dote prometida, aun los que siguen la opinion de Bulgaro, se apartan della en este caso, por la disposicion de la dicha *ley si infanti*, 18. ita ex Socin. Iun. *cons.* 119. *lib.* 1. & Capic. *d. decis.* 176. *num.* 15. docet Gratian. *decis.* 235. *per tot. vbi num.* 12. & 13. concludit: *Tamen quãdo filius infans decedit, prout in casu, de quo agimus subintrat dispositio l. si infanti, C. de iur. deliber. per quam pater potest capere deboluta ad filium infantem ex successione, etiam non agnita.*

134 Con esta mesma inteligencia, y satisfaciendo a otras dudas, asienta esta resolucion por llana, afirmando tambien, que la dicha disposicion no se derogó, *ex Auth. defuncto, C. ad Tertul. & Auth. de hæred. quæ ab intest. veni*, §. *si igitur defunctus, col.* 9. Marin. *lib.* 2. *resol. cap.* 167. *num.* 13. *vbi vers. Quamvis* concludit: *Vltrà quod Capicius attẽtis terminis quæstionis præfatæ intelligit Baldum loqui in alio, quam in infante, quia in infante est speciale, dicit ipse vt transmittatur ad patrem, ex dispositione dictæ legis si infanti*, &c.

135 Ni obsta à esto el principal fundamento que de contrario se pondera para excluir la dicha transmission, por dezir, que no se llegó a radicar en la dicha Doña Ana derecho alguno, que se pudiesse debolver a su hija. Por que se responde en quanto a ello, que la mesma fuerça tiene para la sucession el derecho a pedir la dicha dote en virtud de su promessa, que si se huuiesse entregado realmente. Y como en este caso no se pudiera dudar, que se transmitiera en la dicha Doña Maria Mazola, y por su muerte en el dicho su padre; asi tampoco en el deste pleito, respecto de la accion à la dicha dote, que le radicó en la dicha Doña Ana, y se le adquirio desde el dia de dicha promessa: lo qual, no solo procede en fuerça de la especial disposicion de la dicha *ley si infanti*, como se ha fundado, sino generalmente.

136 La razon es, por que los mesmos efectos tiene en derecho la dote prometida, que la pagada, y entregada; per textum in *l. cum pater*, 29. *l. dotem*, 35. *l. si pater*, 44. *l. dotis*, 68. & *l.*

si dote,84.*ff.de iur.dot. l.fin.* §.*prætereà*,*C. eod. l.ex parte*.9. *C.de pact.convent.*ibi: *Dotem dederit.seu promisserit*; *l.vnic.*§.*accedit*, *C.de rei vxor.act.l.vt liberis*,17.*C.de collat.l.*1.*& l.ex actionem*, 6.*C.de dot.promis.* & apud nos clarè probat *l.*29.*Taur.*quæ est *l.*3.*tit.*8.*lib.*5.*Recop.* ibi: *Del que le diò, ò prometiò la dicha dote.* Et ibi: *Del que diò la dicha dote,ò la prometiò, do mas quisiere escoger aquel a quien fue la dicha dote prometida, ò mandada*; latè Suar.*cons.*1.*ex num.*282.*ad* 301.Baez.*de non melior.filiab.cap.*2. *num.*38.*& cap.* 16. *num.*13. D.Valenç.*cons.*150.*num.*59. Morquech.*de diuis.bon. lib.*3.*cap.*7.*à num.* 17. D.Hieron.de Leon, *valen.decis.*185. *à num.*3. Reuert.*decis.*533. *num.*2. & ibi Marin.*num.*2.Gratian.*tom.*4.*cap.*666.*à num.*22. &D. Olea *de cessio.iur.tit.*1.*q.*6.*n.*5.

137 Y para el caso de la costumbre de Martino,vt non reuertatur ad patrem dotantem, sino que en su derecho sucedan los hijos a su madre, etiam in dote solum promissa est,optimus textus in *d.l.vt liberis*,17.*C.de collat.* ibi:*Dederit, vel promisserit pro filio, vel filia.* Ripa *in l.in quartam.num.*190. *ff.ad leg.falcid.*Socin.Iun.*cons.*35.*num.*16.*lib.*1. Neuis.*cons.*45. *num.*9.&Deciu *cons.*35.á Surd.*cons.*206.*num.*29.*lib.*1.&Thes. *decis.*190.*num.*4. ibi: *Qui voluerunt etiam procedere in dote promissa.*Et num.6.vbi:*Quod ita fuit decissum.*Et num.10.conclucludit: *Et mortuis liberis post mortem matris dos non transit ad avum maternum, sed ad patrem ipsorum liberorum.* Et Grat.*d.decis.*235.*num.*5. ibi: *Quæ etiam procedunt in dote promissa cum dicatur proprie, & verè dos.* Petr. Barbos. *in d. l.post dotem*,41. *num.*48.

138 Ni a esto se opone la disposicion de la *ley dos à patre*,4.*C solut.matrim.*con la comun que siguió a Bulgaro;por que vltrà de que està en contrario la costumbre vniuersal de todo el mundo,exMartino,nunca me pudo persuadir razon ninguna de las que se ponderan en la opinion de Bulgaro; ni los textos que por ella se citan suprá,num.129.son tan vrgentes, que me obliguen a confessar que sus disposiciones militen natis filijs: por que el dezir, que estos no se computan inter onera matrimonij, es razon tan agena de fundamento, que antes la hallo contraria al texto in *l.*1.*ff. solut.matrim.*ibi:*Ad sobolem procreandam*;*l.fin.*ibi:*Et liberos fortè editos infelix mulier indotata*, &c. cum *l. vbi adhuc*,29. *C.de iur.dot.* ibi: *Sed fructibus earum ad sustentationem,tàm sui, quàm*

ma-

mariti, filiorumq; si quos habet abutatur; & d.l. vt liberis, 17. C. de collation.

139 Por lo qual la dicha cóstumbre, no solo no la he tenido por correctoria del Derecho comun, como algunos han discurrido; antes bien por conforme á él, y á la equidad legal. *Tùm*, ex textu capitali in *l. post dotem, 41. ff. solut. matrim. l. Pomponius Philadelphus, 35. ff. fam. ersc. & l. 3. C. de pact. conv. tùm*: quia fit dos proprium filiæ patrimonium, in quo filij eius succedere debent, *ex l. 3. § . ergò etiam, ff. de minor. l. 4. ff. de collat. & l. in eum, 16. ff. de relig. & sump. fun.* iuncta æquitate *l. cum avus, 102. ff. de condit. & demonstr. l. cum acutissimi, 30. C. de fideicom. & l. generaliter, 6. § . cum autem, C. de inst. & subst. tùm*, etiam quia redũdaret in præiuditium filiæ contra *l. quoties, 29. ff. solut. matrim. l. post nuptias, 28. ff. de iur. dot. & l. à socero, 7. & l. fin. C. eod. l. 2. l. si pater, 12. l. pater, 23. cum seq. & l. inter socerum, 26. cum § . cum inter, ff. de pact. dotal.* que prueban lo mesmo, bien ponderadas, & ita apud omnes gentes receptum est contra Bulgarum, ex Thes. *d. decis. 190. num. 5.* ibi: *Quod ita consuetudo Martini non est iuris correctoria, sed iuris interpretatiua, & habetur pro ipso iure communi, & non pro iure consuetudinario.* Suar. *in l. quoniam in prioribus, in declar. leg. Reg. lim. 4. num. 11. fol. mihi, 503.* Gratian. *tom. 3. cap. 556. à nu. 35.* idemqué Gratian. *tom. 4. cap. 627. à num. 15.* Ciarlin. *2. part. controu. 189. à num. 30.* Amato *resol. 48. num. 3. & 4.* & Marin. *lib. 1. resol. 251. ex n. 8.* Add. ad Castill. *tom. 4. cap. 60 n. 7.*

140 Y esto no tiene, ni juridicamente puede tener menos fundamento en la dote prometida, que en la ya entregada, como se fundó: por que no ay razon que legitima sea para que la templança, benignidad, y respeto del yerno, en no apremiar, ó executár al suegro á la paga de la dote, le fuesse de perjuizio contra textum in *l. si extraneus, 33. ff. de iur. dot.* y que al suegro le fuesse prouechosa su omission, tardança, y dilacion en dicha paga, y cumplimiento de la promessa; lo qual no cabe en la prudente disposicion de la ley, y equidad de derecho, como con otros limita la resolucion de Bulgaro, Capic. *d. decis. 176. ex n. 32.*

141 Insuper, por que como quiera que se considere, en nuestro Reyno procede sin dificultad la dicha costumbre, y no tiene lugar la opinion de Bulgaro; por que etiam de iure communi, se limita en la hija emancipada, *ex l. 2. cũ § . 1*

l.si ab hostibus,10.ff.solut.matrim. & l.pater,71.ff.de euict. lo qual sucede por el matrimonio, y las velaciones, por nuestras leyes Reales, *ex l.47.Taur.*quæ est *l.8.tit.1.libr.5.Recopil.* y assi cessa la dicha question,vti in casu docetur,ex Capic. *decis.*176.*num.*4.& Ciarlin. 2.*part.controu.*189 *num.*31.& 32. & apud nos Suar.*tit.de los pleitos,lib.*1.*for.num.*39.*fol.mihi,*158. Anton.Gom.*in l.*50.*Taur.num.*38. *vers.Ex quibus,*vbi ait: *Ex quibus clarè deducitur, & infertur,quod si hodie in nostro Regno pater dedit, vel promisit dotem pro filia in potestate,cum per contractum matrimonij efficiatur sui iuris, & habeatur pro emancipata, quod tota dos, & similiter actio, & obligatio eius quæritur soli filiæ, & consolidatur in ea, & non quæritur patri,nec alteri in totum,nec pro parte.* Baez. *de non melior. filiab. cap.*16.*num.*29. Valdés ad Suar.*in l.quoniam in prioribus,ampl.*15.*litt.B.*

142 Y en estos terminos, en qualquiera tiempo que muriesse la dicha Doña María Mazola se le adquiriria, como es cierto se le adquirió, la sucessión de su herencia á esta parte,como a su padre,y en ella el derecho,y accion á la dicha promessa,optimus textus in *l.hæres in omne,37.ff.de adquir. hæred. & l.hæredem,59.ff.de regul. iur.* sin que para ello fuesse necessario mas de que la susodicha muriesse, como murió, bautizada, y que previuiesse á la madre las veinte y quatro horas que dispone la *ley* 13.*Taur.* quæ est *l.2.tit.8.lib.5.Recop.* que se promulgaron para quitar las opiniones de derecho comun, cerca del tiempo que deuia previuir, de quo suprá,num.123.& iusta consuetudinem Martini, etiam per momentum tenueruntGratian.*d.decis.*235.*nu.*7.&Amato *d.resol.*48.*num.*5. ibi: *Nec dos ad dotantem ipsum reuertitur, sto, quod filius per vnam tantum horam, vel momentum temporis matri super erit,& posteà descesserit,qua non minus dos ad illius patrem perpetuo pertinet.*

143 Con que por todos caminos es seguro, y cierto el titulo,y derecho de transmission,con que se introduce esta parte, sin que juridicamente se le pudiesse poner en duda, a lo menos,segun las leyes destos Reynos;mucho mas quãdo no solo en la dicha promessa, en que ay legitima acciõ, que se adquiera al heredero, *ex l.ex actionem,6. C.de dot.prom.* iunctis suprá relatis, sino que aun se transmite el ius indotationis matris,ex congestis, & sequutis per Fontanel.*de pact. nupt.claus.7.glos.2.part.6.num.*45.*tom.*2. & ita facilius in dote

pro-

promissa Marin. in obs. ad Reuert. *decis.* 193. *num.* 1. ibi: *Secus dicendum esse, si mulier nupta esset, & filijs superstitibus, dote adhuc eius verò non soluta, decessisset, nam eo casu possent filij prò dote, quæ ad eorum matrem spectabat super bonis subiectis fideicomisso recurrere.*

144 His itaque omnibus infacto, & in iure permanentibus, todas las demás excepciones a que de contrario se recurre por vltimo refugio, para morigerar la dicha promessa, ya por dezir que fue excesiua, ya por que no la pudo hazer, por estar muy grauado de acreedores; ya por que deua el dicho Don Gaspar ser conuenido in quantum facere valeat; ya por lo que a cuenta della se le huuiere entregado, que es confessar la verdad de la dicha promessa: nada dello puede impedir la determinacion, en que se condene al dicho Don Gaspar á su paga, reseruatis ei Iuribus en todo ello, caso que se justificasse, y que cierto fuesse, que no lo es in facto, nec iure.

145 En el hecho, por que de contrario no se ha probado el excesso que se alega, por razon del numero de hijos, ó cortedad del caudal quando se hizo la dicha promessa; por que sus testigos solo dizen en general, que Don Gaspar le respondió al dicho Religioso, que no se hallaua con caudal para poder dotar a Doña Ana su hija; pero ninguno dà razon dello, ni sabe si lo tenia, ó no el año de 664. ni de presente; antes bien el dicho Don Martin de Almendariz, testigo de contrario presentado, dize, que Don Gaspar le confessó, que hasta seis mil pesos le podia dar á la dicha su hija; cuya deposicion plenè probat contra producentem; *ex l.* 31. *tit.* 16. *part.* 3. Genue. *decis.* 13. *à numer.* 15. *& decis.* 106. *num.* 7. Surd. *decis.* 284. *à num.* 18. Gratian. *discept. tom.* 5. *cap.* 950. *num.* 38. D. Valenç. *cons.* 78. *num.* 42. Nig. Cyriac. *libr.* 1. *controu.* 27. *n.* 17. *& latè lib.* 3. *controu.* 407. *à n.* 191.

146 A que se llega, el que antes tiene suficiente probança esta parte del caudal que tenia el dicho Don Gaspar al tiempo de la dicha promessa; por que todos los testigos desta parte, manifestando causas, y razones legitimas para concluirlo, asientan, que tenia, segun ellas, mas de ochenta mil pesos; y se califica esta verdad, y es muy verósimil, de q̃ consta, y de contrario està confessado tenia, como aun tiene vn Galeon propio suyo, en que de presente fue por Almiran-

rante en la Flota que salió á la Nueua-España; y que el viage que hizo el dicho año de 664. le valió por arriba de cincuenta mil pesos, que traxo en pasta, reales, y frutos; y en sólo vna partida de vinos, que lleuó, y trocó a negros, y vendió, ganó mas de seis mil pesos, como se ajusta de las deposiciones de Sebastian de Barrios, y Joseph Bustanços, factor que hizo el trueco de dichos negros; y de las cartas presentadas, y de la declaracion de D. Pedro Marrufo, consta traxo vna partida de corambre, que vendió por precio muy auentajado.

147 Y el Alferez Don Andres Basilio, y Don Carlos Mazola concluyen tenia vn almacen de pertrechos del dicho Galeon, que valdrian ocho mil pesos, y sobre los abanços, y fletes que tuuo aquel año en el viage que hizo, como Capitan del dicho su Galeon. Y estos, y los demás testigos concuerdã, para calificar la razon de sus deposiciones, en el lucimiento con que se ha portado el dicho Don Gaspar, y su familia, con muchos esclauos, y criados, sustentando vn cauallo en q̃ passearse, y en que tenia, como de presente tiene, su casa alhajada de alhajas muy preciosas, mucha plata labrada, de que se sirue, muchas joyas de oro del vso de su muger, y otras cosas de mucho valor, con que conuiene tãbien Don Bartolomé Estopiñan, y que le confessó el mesmo Don Gaspar, quando se fue a despedir dél el dicho viage, que segun su caudal, le podia dar á la dicha su hija mas de catorce mil pesos de dote.

148 De todo lo qual se prueba plenamente, què el caudal que tenia la parte contraria era competente á la dicha promessa de dote, segun el numero de hijos que tenia, y tiene de presente: y esto es verosimil, y tiene por si la asistencia de la verdad, y presumpcion de derecho; por que en persona de menor caudal, ó pobre, como se ha pretendido introducir, no cabe nada de lo referido, ex ratione *l. nonnulli, 10. ff. de accusat. & l. fin. ff. de in ius vocan.* por que semejante pompa de adorno, alhajas, plata de seruicio, y joyas, no cabe en la esfera de pobreza, quando su superfluidad excede, aun los limites comunes, y passa à la pompa de los poderosos, y vanidad de los que oy tienen; que esto demuestra semejante porte, y lucimiento, *ex l. 3. § . fin. ff. de supellect. legat.* ibi: *Nec vllum vas argenteum, secundùm sæculi seueritatem, nondum admitten-*

mittentis supellectilem argenteam, hodie propter vsum imperitorum, &c. Latè de hac superfluitate diuitum Gaspar Klocki, *lib. 2. de ærar. cap. 96. per tot.*

149 Y siendo materia bastantemente dificultosa la de probar cõ certeza el caudal que vno puede tener, especialmente en esta Ciudad, que en lo regular no se compone de possessiones, tierras, ganados, ni otras haziendas que se puedan regular, sino de dinero en contado, trato, y comercio en Indias, como es notorio, lo qual se encubre con mucha facilidad, con que muchos de muy lucidos caudales, apenas se puede conocer lo sean; ninguna prueba puede ser mas releuante que la referida, ni mas proporcionada para el conocimiento desta verdad, que la publica reputacion de que deponen todos los testigos, con las razones, y circunstãcias indiuiduales que se han expressado, en que todos conuienen, y concluyen, Bartol. *in Auth. præterea, C. vnde vir, & vxor num.* 3. Gratian. *discept. tom.* 4. *cap.* 660. *num.* 5. *& cap.* 689. *num.* 36.

150 Y en el derecho, por que assentado el fundamento de que la dicha dote se ajustó con el dicho Don Gaspar antes que se embarcasse, y que le dexó orden, facultad, y licẽcia a su muger para que hiziesse dicha promessa, como en el primero, y segundo discurso está ajustado, a quien le incumbe la prueba de que fue, y es execciua, aliás inofficiosa, es á la parte contraria. Túm, ex ratione *l. g. cum de lege,* 17. *ff. de probat.* Túm, quia fundans se in qualitate paupertatis, & defectu bonorum tenetur eam probare *l. si constante,* 24. *ff. solut. matrim. & l. fin. ff. de liber. agnosc.* Tùm etiam, quia promitio dotis habet pro se præsumptionem, quod fuerit congruè facta, eoquod quilibet secundúm sui patrimonij vires dotare præsumitur, *l. si ex causa,* 9. §. 1. *ff. de min. l. iure,* 6. § *fin. ff. de iur. dot. l. siuè generalis,* 61. *ff. eod.* Y por estos, y otros fundamẽtos siguen esta resolucion Baez. *de non melior. filiab. cap.* 36. *à num.* 16. Gutierr. *de iuram.* 1. *part. cap.* 1. *num.* 22. *idem lib.* 3. *pract. cap.* 40. *à n.* 4. & Rota penes Paul. Emil. in obs. ad D. Castill. *de alim. decis.* 120. *à n.* 8.

151 A esto se quiere ocurrir por el segundo medio, de que hallandose grauado de muchos creditos no pudo hazer la dicha promessa, y que assi oy no la puede cobrar esta

parte, pues quando estuuiesse pagada se le pudiera repetir; por que es cierto, que el padre grauado de deudas no podia ser obligado a dotar a su hija, *l. hac infactum*,14. *& l fin.* §.1.*ff.quæ in fraud. cred.& l.2.C.de reuocand.his, quæ in fraud.* Gothofred. *in florent. ad l.capite*,19. *ff.de rit.nupt. verb.Ea potestate*,ibi: *Quid enim si ære alieno sit obrutus? vtique dotare non cogetur filiam, qui in fraudem creditorum id faceret.* Gratian.*discept.tom.3.cap.562. à num.*40. *& tom.5. cap.*945. *numer.*14.ibi: *Stante enim ære alieno, non potest filia aliquid petere pro eius dotibus apparentibus., immo si esset constituta dos deberet reuocari, vt satis fiat creditoribus in quorum præiuditium non poterat constitui.* Et alij á Paul.Emil. in obs.ad D.Castill. *de alim. cap.*36.§.7. *n.*3.& Rota penes eum *decis.*120 *à n.*2.

152 Pero sin embargo desta replica, procede todo lo que vamos fundando; para cuya inteligencia, y quitar toda confusion, se deuen distinguir tres casos: *Primus*, quando la hija ageret contra patrem debitis grauatum, vt ipsam dotaret. *Secundus*, quando despues de constituida, ó prometida la dote se opusiere á la hija la dicha excepcion ne ei solvatur dos promissa, vel vt repetatur iam tradita. *Tertius*, quando ex hac ratione se pretendiere que la dicha promessa ha de ser nula, y que en virtud dello no puede el padre ser condenado ad eius solutionem; a que parece se endereça el intento de la parte contraria, segun sus alegatos.

153 En el primero caso es cierto, que si el padre le opusiere a su hija, que no tiene caudal de que dotarla, por que deue mas que tiene, si desto constáre al Juez, no podrà obligarle a que la dote; por que como para ello es necessario considerar los bienes que tuuiere el padre, *ex l.quæro*,60. *l siuè generalis*,61. *& l.cum post*,69. §.*gener. ff.de iur.dot. & l. si filiæ*,43.*ff.de legat.*3. y esta consideracion deue ser ære alieno deducto, *ex l.sub signatum*,39. §.*bona, & l. venisse*,165. *ff.de verbor.significat.l.ea demum*,6.*C.de collat.& l.penult.C.ad Trebel.* constando claramente que son mas las deudas que los bienes, no podrà el Juez condenar, ni obligar al padre a que dote a su hija. Y assi los Autores que en general dizen, que el padre grauado con deudas no está obligado a ello, se entienden assi, y presuponen el caso, siendo cierto que tiene tantas, ó mas deudas que caudal, *l.2.C.de reuocand.his quæ in fraud.*

*fraud.cred.*ibi: *Nisi bonis defuncti non sufficientibus.*Gothofred. suprà num.151. & in *l.penult.C.de priuileg.fisc.verb.Nubenti,* ibi:*Debitor filiam in fisci præiudicium dotare non potest; & si dotauerit dos retrahetur,*&c. Baez.*de non melior.filiab.cap.2.num.26. ad med. & cap.28. ex num.2.* & Ciarlin, *controu.7. à num.44. part.1.*

154 En el segundo caso, que es el deste pleito, si agitur de reuocanda dote soluta, vel retinenda promissa; si los bienes dados, ó prometidos estauan ya hipotecados, corre la repeticion, ó retencion, *ex l.de rebus,13. C.de donat. ant.nupt. d.l.penult.C.de priuil.fisc.l.2. C.de reuocand.his quæ in fraud.cred.* Empero si no lo estauan, si el padre procedió con fraude, y mala fé, de que fuesse participe el yerno, entra la mesma disposicion, vti factum in creditorum præiudicium, & ita loquuntur, *l.ait prætor,10.§.si cum mulier, l.hac in factum,14.& l.fin. §.1.ff.quæ in fraud.cred.* cum præallegatis vbi *Glos. in d. l.2. C.de reuocand. his quæ in fraud. verb.Non sufficientibus*, ait: *In tribus ergò casibus poterit hæc filia conveniri, scilicèt cum successit patri. Item cum non successit, sed res dotales fuerunt specialiter obligatæ, vel cum in fraudem creditorum dos constituta fuit.* Et ita Gothofred.ibidem *verb.Dotem,* ait: *Dos in fraudem creditorum constitui non potest.* Y esto procede, etiam matrimonio constante, quod secus esset si gener fraudis particeps non esset, Gom.*in l.29.Taur.num.34.vers.Primò,cum seq.* Baez.*de non meliorat.filiab. cap.32. num.17.* Valasc. *consult.188. num.8.* & Pat.Sanchez *cons.mor.lib.4.cap.3.dub.39.n.2.*

155 Vndè est, que si el padre no procedió con fraude, ni animo de causar perjuizio a sus acreedores, ni el yerno tal pudo comprehender, ni dello consta rata erit dotis constitutio, vel promissio, ex ratione *l.iure sucursum,6.§.1.& l. pater filiæ,81.ff.de iur.dot.*(como la hija no acepte, y quiera la herécia del padre, *d.l.2.cum seq.C.de reuocãd.his quæ in fraud. cred.*) Baez. *de non melior.filiab.cap.31. à num.11. & d.cap.28. num.4.*ibi:*Quod si quis bona fide credebat se absque vllo onere possidere substantiam valentem quadriginta aureorum millia, & dotat filiam iuxta substantiam, quod si posteà detegatur magnum est alienum, dotis præstatio rata manet, licèt excedat summam, quæ dari deberet, si constaret de ære alieno tempore dotis.*

156 Y quando la parte contraria, por releuarse desta

ex-

excepcion, quisiere cerrar las puertas, ò los ojos al pundonor del credito, resolviendose à dezir, que la dicha promessa se auia capitulado con fraude, y con mala fé, siendo llano que esta parte no la participó, ni pudo entender tal, antes bien constante, que no contragera el matrimonio, si no huuiera antes que se embarcasse el dicho Don Gaspar ajustado con él la dicha promessa, y lo que le podia dàr; quedára más firme la dicha promessa, sin que se pudiesse valer la parte contraria de exempcion alguna, ni de otro recurso para embaraçar su paga, ex ratione *l.si quis affirmauerit*, 9. §. 1. *ff.de dol.mal.cum l.*2.*C.si minor se maior*; & in casu textus in *l.si de dote*, 84.*ff.de iur.dot.* Baez.*de non melior.filiab. cap.*32.*n.*11.& D.Castill.*lib.*8.*de alim.cap.*37.§.2.*n.*8.

157 En el tercero, y vltimo caso, no ay ley, ni Autor que tal diga, y todos corren llanamente con la inteligencia del primero, quando se quiere obligar al padre a que dote a su hija; y del segundo, quando ya se presupone hecha la promessa, ó entregada la dote, en que milita todo lo que auemos fundado en él: y en los terminos referidos no se puede ajustar al hecho deste pleito la resolucion que se põdera de contrario suprà, num.151. Túm, porque no se ha probado de contrario la pobreza, y creditos que supone tenia quando se hizo dicha promessa, siendo de su obligacion, ex allegatis num.150. Tùm, por que antes tiene probado esta parte todo lo contrario a ello; ex dictis a num. 146. A que se llega, que no se compadece la pobreza, y falta de caudal que supone, con auerle puesto a esta parte el dicho Don Gaspar vna demanda, que en solas joyas, que dizese le entregaron por Doña Maria de Alicante, importa 23U64. reales de plata, y en alimentos, 26U. reales de plata, demás de otros bienes, y galas, segun consta del testimonio presentado. Famoso argumento de pobre, y sin caudal, y de no auer ratificado la dicha promessa, quando fuesse cierto el que todo ello se auia hecho sin su consentimiento, ad textum in *l. dotis promissio*, 68. *ff.de iur.dot.* cum iam traditis ex num.111.cum seqq.

158 Segun lo qual, los testimonios de escrituras que despues de conclusa la causa se presentaron de contrario (demás de que dellos se reconoce ser preciso estar pagadas,

por

porque ſon creditos tomados a rieſgo del Galeon,para mayores abanços de empleos,y que indican el mucho credito, y caudal de la parte contraria; lo qual ſe paga en Indias ſin la menor dilacion,ni embaraço, ſegun el eſtilo deſta nauegacion)todas ellas ſon de muchos años deſpues de la dicha promeſſa de dote, y tomadas para eſte vltimo viage que hizo por Almirante de Flota el año paſſado de 1668. Con que no ſon del caſo,ni ſiruen mas que de empapelar, para ofuſcar la juſticia deſta parte,cum ex promitione iam antea dos deberetur, *l.profectitia*,5. §.*ſed ſi parter*, *&* §.*ſed ſi filius*,*l.cum pater*,29. *l.ſi extraneus*,33. *l.promittendo*,41. *l.ſi pater*,44. *l.quæmadmodum*,46. §.*fin.l ſi de dote*,84.*ff.de iur.dot l.fin. C.ad Velleya l.*9. *cum ſeq.tit.*11.*part.*4. & in caſu ex Baez. *de non melior. filiab.cap.*31.*ex num.*8. Valaſc.*in prax. part. cap.*21. *num.*24.& Matienz. *in l.*3. *tit.*8.*libr.*5. *Recopil. gloſ.*9.*num.*1. *&* 5. Gaſpar KlocKi,*de ærar.lib.*2.*cap.*43.*à num.*38.Ciarlin.1.*part.controu.*97.*num.*6. D.Caſtill.*de alim.lib.*8.*cap.*36.§.7.*num.*3.*&* *à num.*17.vbi alios Paul.Emil.*in obſ.ad d.cap.*36.§.7.*n.*11.

159 Y de qualquiera forma, procediendoſe con la inteligencia,y diſtincion de caſos que ſe han referido, y ſiendo preciſo que el dicho Don Gaſpar pruebe con euidencia, y claridad el fundamento de dicha ſu replica, para el computo del caudal que tenia, viene a ſer la accion a inualidar el exceſſo que por ello probàre huuo en la dicha promeſſa, y no para que ſe anule eſta,ni para impedir la condenacion en ſu paga,mientras no conſta el exceſſo,textus in caſu dotis promiſſæ,in *l.ſiuè generalis*,61.*ff.de iur.dot.* ibi: *Id quod ſuperfluum eſt tantummodo infirmare.* Rota penes Dom. Salgad. *in ſuo labyr. cred. deciſ.*24.*num.*27.Y es puntual la diccion penes, Paul.Emil.*in d.obſeru.de alim.deciſ.*120.*per totam*; donde, aunque conſtó que el padre eſtaua fallido, y preſo por ſus acreedores, ſolo ſe trató de exceſſo de la dote que prometiò entonces.

160 Todas las demàs exempciones que ſe refirieron en ſuma en el num.144. no ſon deſte caſo, ni ha llegado el de conocer como deue ſer conuenido el dicho Don Gaſpar en la paga de dicha dote,de que tratan los citados en el num.156. ni de lo que ſe quiere ſuponer auer recibido eſta parte a cuenta della, ſobre que procede la demanda que ſe

se ha puesto por la contraria, como se ha dicho en el num. 157. en la qual, por estarse siguiendo, constarà de la verdad del hecho della, y en la execucion sobre la paga de dicha dote, si llegàre el caso de executoriarse; por que de presente no consta, ni se ha justificado de contrario, y assi la determinacion deue ser absoluta en la dicha promessa, con reserua assimesmo deste derecho, como en el de ser execciua.

161 Y aunque a esto, como presumimos, se opondrá de contrario, para insistir en la nulidad de la dicha promessa (que es el fin a que siempre se ha atendido desde el primer discurso deste papel) el que la resiste la disposicion de la *ley 1. tit. 2. lib. 5. Recop.* lo cierto es, que la practica, y general costumbre, en que ha auido muchas determinaciones, nos ha enseñado lo contrario, y que sin embargo de lo dispuesto en dicha ley, se han obseruado siempre las consideraciones comunes, que se traen para conocer qual es dote congrua, en que se atiende la costumbre del lugar, entre las demàs calidades que para ello se traen por los Autores, vt adhuc teneat promissio *l. 1. ff. qui potior.* Ayor. *de part. 2. part. quæst.* 20. & ex eo Gutierr. *lib. 3. practic. quæst.* 41. *num.* 16. *&* *à* 17. de que trató latissimamente el señor Don Juan del Castillo *d. libr.* 8. *de alim. d. cap.* 36. §. *7. ex num.* 1. *cum seqq. vbi num.* 12. *à num.* 9.

162 Y en esta Ciudad corre sin dificultad lo referido, y con legitima causa, por que los caudales en ella no consisten en rentas, ni otros bienes, ni tierras, que no las ay; y el que mas tiene en raizes, no passa de seis casas, ni los dueños dellas son los de caudales, por que estos se reducen a dinero en contado, para el trato, y comercio de la nauegacion de Indias; y estos son los mayores, y mas lucidos, y a quienes el dinero les rinde doblado que a los de mas casas, como es notorio. Con que por todos caminos tenemos por clara, y corriente la justicia desta parte en todos los puntos de los tres discursos, a que auemos reducido su conocimiento. Y esto mediante, podemos esperar se determine a fauor desta parte, y segun, y con la reserua que en lo demàs auemos notado. Salvo in omnibus M.C.

Lic. D. Luis de Salvatierra.